

Der Rechtsschutz des Konkurrenten im
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Eine kritische Würdigung der Spruchpraxis

Inauguraldissertation

zur

Erlangung des akademischen Grades eines Doktors
der Rechte durch die Rechtswissenschaftliche
Fakultät der Ruhr-Universität Bochum

vorgelegt von

Hans-Ulrich Müller

Moers 1976

Der Reichstag hat beschlossen:
Gesetz gegen Verbrechen und Verbrechen

1891

Digitized by the Internet Archive
in 2026

1891

1891

1891

1891

1891

1891

1891

**Der Rechtsschutz des Konkurrenten im
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen**

Eine kritische Würdigung der Spruchpraxis



Inauguraldissertation

zur

Erlangung des akademischen Grades eines Doktors

der Rechte durch die Rechtswissenschaftliche

Fakultät der Ruhr-Universität Bochum

vorgelegt von

Hans-Ulrich Müller

Moers 1976



Dekan: Professor Dr. Gitter
Erstberichterstatte: Professor Dr. Sandrock
Zweitberichterstatte: Professor Dr. Schmiedel
Tag der mündlichen Prüfung: 10. Dezember 1976

INHALTSVERZEICHNIS

	<u>Seite</u>
Literaturverzeichnis	III
Abkürzungsverzeichnis	XXVI
A. Einführung	1
B. Die verschiedenen Rechtswege nach dem GWB	3
C. Subjektiv private Rechte im GWB	6
I. Ansatzpunkt § 35 GWB	6
II. Auslegungskriterien	7
III. Überblick über die Spruchpraxis zu § 35 GWB	36
1) § 1 GWB	36
2) § 15 GWB	57
3) § 22 GWB	64
4) § 25 Abs. 2 GWB	77
5) § 25 Abs. 3 GWB	80
6) § 26 Abs. 1 GWB	81
7) § 26 Abs. 2 GWB	82
8) § 27 GWB	83
Zusammenfassung	91
D. Subjektiv öffentliche Rechte im GWB	92
I. Einführung in das Problem	92
II. Überblick über die Spruchpraxis	96
1) Allgemeines Antragsrecht aus § 51 GWB	96
2) Formelle Vorschriften	98
a) § 51 Abs. II Ziff. 4 GWB	98
b) § 30 GWB	104
3) Materielle Vorschriften	106
a) § 3 GWB	108
b) § 22 Abs. 5 GWB	112
c) § 27 GWB	119
Zusammenfassung	122

	<u>Seite</u>
E. Gleichwertigkeit der Rechte	123
F. Die streitige Durchsetzung der Rechte des Konkurrenten	130
I. Prozeßkostenvorschuß beim subjektiv privaten Recht	131
II. Prozeßkostenvorschuß beim subjektiv öffentlichen Recht	156
III. Beweisführungsprobleme beim subjektiv privaten Recht	159
IV. Beweisführungsprobleme beim subjektiv öffentlichen Recht	163
V. Dauer der Verfahren und Abhilfe	163
Zusammenfassung	169
G. Ausblick in das EWG-Kartellrecht	170
Ergebnis	179

LITERATURVERZEICHNIS

- Alexander, The domestic courts and article 85 of the Rome treaty, CMLR 1963/1964, 323 ff.
- Allorio, Rechtsschutzbedürfnis?, ZJP 1967, 321 ff.
- Andreae, Wettbewerb und Wirtschaftsordnung, WuW 1953, 396 ff.
- Bachof, Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Jellinek, S. 287 ff.
- Ballerstedt, Kartellverbot und Einzelvertrag, JZ 1956, 271 ff.
- Bartholomeyczik, Äquivalenzprinzip, Waffen- gleichheit und Gegengewichts- prinzip in der modernen Rechtsentwicklung, AcP 166, 30 ff.
- Bartlsperger, R., Das Dilemma des baulichen Nachbarrechts, VerwArch, 60, 35 ff.
- Batiffol u.a., Schadensersatzansprüche bei einer Verletzung der Artikel 85 und 86 des Vertrages zur Gründung der EWG, Kollektion Studien, Reihe Wettbewerb, Nr. 1, Brüssel 1966.
- Baumbach-Hefermehl, Kommentar zum UWG, 11. Aufl. München 1974.
- ./., Wettbewerb und Wsrenzeichen- recht, 8. Aufl., München 1960
- Baumbach-Lauterbach- Albers-Hartmann Kommentar zur Zivilprozeß- ordnung, 33. Aufl., München 1975.
- Baumgärtel, Die Verwirkung prozessualer Befugnisse im Bereich der ZPO und des FGG, ZJP 67, 423.

- Baur, F., Armenrecht und Rechtsschutzversicherung, JZ 1972, 75 ff.
- ./.. Zu der Terminologie und einigen Sachproblemen der "vorbeugenden Unterlassungsklage" JZ 1966, 381 ff.
- Baur, J.F., Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, Tübingen 1972.
- ./.. Das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerb", ZHR Nr. 134 (1972), 97 ff.
- Beckmann, P., Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1968.
- Beier, Die kartellrechtliche Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen im Gemeinsamen Markt und den USA, GRUR AIT, 1964, 84 ff.
- Belke, Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkung, Tübingen 1966.
- Benisch, Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit, WuW 1961, 764 ff.
- Benkard, Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, 6. Aufl., München 1973.
- Berg, Präsident Berg antwortet Professor Erhard - Die Auffassung der Industrie zur Kartellfrage, WuW 1951/1952, 857 ff.
- Bergerfurth, Das Armenrecht, München 1971.
- Bernhardt, R., Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte, JZ 1963, 302 ff.

- Bettermann, K.A., Klagebefugnis und Aktivlegitimation im Anfechtungsprozeß, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Band II, Karlsruhe 1963.
- Bezenberger, Die zivilrechtlichen Ansprüche im Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WRP 1956, 209 ff.
- Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung. Die Ausschließlichkeitsklausel als Beispiel, Heidelberg 1958.
- ././ Wettbewerbspolitik zwischen Freiheitsidee und Pragmatismus, WuW 1968, 3 ff.
- Birk, Der Aufnahmewang bei Vereinen und Verbänden, JZ 1972, 343 ff.
- Bolenius, Wirtschaftsstrafrechtliche Normen im Wettbewerbs- und Kartellrecht, Juristische Studien der Universität Tübingen, Band 36, Tübingen 1972, S. 18 ff.
- Böhm, Der vollständige Wettbewerb und die Antimonopolgesetzgebung - Professor Böhm zum Erhard-Berg Briefwechsel, WuW 1953, 178 ff.
- ././ Das Reichsgericht und die Kartelle, ORDO I, S. 197 ff.
- Börner, Empfiehlt es sich, die Bestimmungen des Europäischen Gemeinschaftsrechtes über den Rechtsschutz zu ändern und zu ergänzen? - Referat auf dem 46. Deutschen Juristentag in Essen 1966, München und Berlin 1967.
- Bötticher, Zur Ausrichtung der Sanktion nachdem Schutzzweck der verletzten Privatrechtsnorm, AcP 158, 385 ff.

- Brugger, Zur Auslegung des § 1 GWB, WuW 1959, 467 ff.
- Buxbaum, Die private Klage als Mittel zur Durchsetzung wirtschaftspolitischer Rechtsnormen, Karlsruhe 1972.
- Bühler, O., Die subjektiv öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914.
- Catalano, Les voies de recours ouvertes aux personnes physiques ou morales contre les actes non réglementaires de la Commission C.E.E., SEW 1965, 525 ff.
- Clodius, Die Mißbrauchsbestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen als Schutzgesetz, Göttingen 1968.
- Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Berlin 1969.
- Daig, Zum Klagerecht von Privatpersonen nach Art. 173 Abs. 2 EWG, 146 Abs. 2 EWG-Vertrag, in: Festschrift für O. Riese, Karlsruhe 1964, S. 187 ff.
- ././ Zur Anwendung der Nichtigkeitsklausel des EWG-Kartellrechtes durch den innerstaatlichen Zivilrichter, RabelZ 1971, 1 ff.
- Danner, Die Klagemöglichkeiten privater Personen gegen Maßnahmen der Kommission, die an Mitgliedstaaten gerichtet sind, nach Art. 173 Abs. 2 EWG-Vertrag, Tübingen 1965.
- Däubler, Bürger ohne Rechtsschutz, BB 1969, 545 ff.
- Demuth, Zum Thema "Nulltarif bei der Justiz", DRiZ 1972, 27 ff.

- Deringer, Das Kartellrecht des EWG-Vertrages im Verhältnis zum nationalen Recht, Karlsruhe 1965.
- ./.. WuW-Kommentar zu den EWG-Wettbewerbsregeln nebst Durchführungsverordnungen und Richtlinien, Düsseldorf, 1966 ff.
- Deutsch, Schmerzensgeld und Genugtuung, JuS 1969, 197 ff.
- Dörinkel, Gütezeichen und Kartellrecht, WuW 1958, 565 ff.
- Droste, Die Wettbewerbsregeln der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, NJW 1962, 1932 ff.
- Dürr, Wesen und Ziele des Ordoliberalismus, o.O., o.J.
- Eberl, Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung der Kostenersatzungsansprüche in Patentstreitsachen, NJW 1960, 1431 ff.
- Ehle, D., Klage und Prozeßrecht des EWG-Vertrages mit Entscheidungssammlung, Berlin-Herne 1966 ff.
- ./.. Nichtigkeitsklage privater Personen nach dem EWG-Vertrag, NJW 1963, 2193 ff.
- Ehmke, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, 1960.
- Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1969.

- Emmerich, Die Auslegung von Art. 85, Abs. 1 EWG-Vertrag durch die bisherige Praxis der Kommission, EUR 1971, 259 ff.
- Erhard, Professor Erhard zur Kartellfrage - 10 Thesen zur Verteidigung der Verbotsgesetzgebung, WuW 1951/1952, 733 ff.
- Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in zwei Bänden, 5. Aufl., Münster 1972.
- Esser, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1970.
- Fechner, Kostenrisiko und Rechtswegsperre - Steht der Rechtsweg offen?, JZ 1969, 349 ff.
- Fikentscher, Vertrag und wirtschaftliche Macht, in: Neue Entwicklungen im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Festschrift für Hefermehl, S. 41 ff, Heidelberg 1971.
- ./., Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen und Verträge mit Dritten, BB 1956, 793 ff.
- ./., Die neuere Entwicklung des amerikanischen Wettbewerbsrechts und der deutsche Kartellgesetzentwurf, ZHR 117, 9 ff.
- ./., Die Deutsche Kartellrechtswissenschaft von 1945 bis 1954, WuW 1955, 205 ff.
- Fischer, Die Auseinandersetzungen um das Preisbildungssystem in der Wirtschaft Westdeutschlands, Jahrbuch für Nationalökonomie und Statistik 1954, 232 ff.

- Flume, Verbotene Preisabsprache und Einzelvertrag, WuW 1956, 457 ff.
- Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, München, Berlin 1966.
- Frankfurter Kommentar, Kaufmann, Rautmann u.A., Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Loseblattausgabe, Köln seit 1958 ff.
- Fromm, Öffentlich rechtliche Fragen beim Bau von Untergrundbahnen, DUBI 1969, 289 ff.
- ./., Schadensersatz für Persönlichkeitsrechtsverletzungen, NJW 1965, 1201
- Fromant, L'influence du Droit Française et du Droit Allemand sur les Conditions de Recevabilité du Recours en Annulation devant la Cours de Justice des Communautés Européennes, Revue Trimestrielle de Droit Européen 1966, 47 ff.
- v. Gamm, Das Kartellrecht im EWG-Bereich, 1. Aufl., Köln, Bonn, Berlin, München, 1961; 2. Aufl. Köln, Bonn, Berlin, München 1962.
- Gemeinschaftskommentar, Müller-Henneberg, Schwartz u.A., Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, 1. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1958; 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1963, mit Ergänzungsband 1966; 3. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, seit 1972 im Erscheinen begriffen.
- v. Gerven, The concept of provisional validity: the doctrine of nullity refined, Jus Privatum Gentium II, Festschrift für Rheinsteins, S. 503 ff, Tübingen 1969.

- Giese, Grundgesetzliche Schranken bei Bekämpfung des Kartellmißbrauches, NJW 1950, 336 ff.
- Gleiss/Helm, Anmeldung wettbewerbsbeschränkender Verträge in Brüssel?, NJW 1+71, 297 ff.
- Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EWG-Kartellrecht, 1. Aufl., Heidelberg 1962; 2. Aufl., Heidelberg 1965.
- Gleiss/Hirsch, Das Kartellrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, AWD 1962, 121 ff.
- Gleiss/Hootz, Vorläufige Gültigkeit von Altkartellen, AWD 1965, 336 ff.
- Gleiss/Kracht, Mißbrauchsbestimmungen des GWB als Schutzgesetze? NJW 1959, 971 ff.
- Godin-Wilhelmi, Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., Berlin 1967.
- Goldmann, Droit Commercial Européen, Paris 1970.
- Greiffenhagen, Die Kartellgenehmigung im Recht des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Berlin 1966.
- von der Groeben/
von Boeck, Kommentar zum EWG-Vertrag, 1. Aufl., Baden-Baden 1960; 2. Aufl., Baden-Baden 1974 ff.
- Grossfeld, Probleme der Rechtsvergleichung, RabelsZ 1975, 25 ff.
- Großkommentar der Praxis zum Aktiengesetz, 3. Aufl., Berlin 1973 ff.
- Grupp, Der Einfluß des Art. 85 EWGV und der VO 17 auf die Wirksamkeit wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, Tübingen 1965.

- Gutzler, Gelöste und ungelöste Fragen
der Lieferverweigerung,
BB 1966, 390 ff.
- ./.
- Günther, Entwurf eines deutschen Ge-
setzes gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen, WuW 1951/1952,
17 ff.;
- ./.
- Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen - Stand der Ver-
handlungen mit der alliierten
Hohen Kommission, WuW 1951/
1952, 281 ff.
- Hadding, Die zivilrechtliche Wirksam-
keit angemeldeter Vereinba-
rungen oder Beschlüsse im
Sinne von Art. 85 EWGV, WuW
1965, 371 ff.
- ./.
- Zur einstweiligen Verfügung
im Recht der Wettbewerbsbe-
schränkung, ZHW 130, 1 ff.
- Hartmann, Persönlichkeitsrecht und
Schmerzensgeld, NJW 1962,
12 ff.
- ./.
- Persönlichkeitsrecht und
Schmerzensgeld, NJW 1964,
793 ff.
- Haussmann, Der Antitrustgedanke im Wirt-
schaftsrecht, Zürich 1950
- Hengstenberg, Verstoßen Bruttolistenpreise
gegen das Gesetz gegen Wett-
bewerbsbeschränkungen,
WuW 1958, 439 ff.
- Henke, Das subjektiv öffentliche
Recht, Tübingen 1968.
- Herrmann, Probleme des Prozeßkosten-
risikos unter besonderer Be-
rücksichtigung des Armenrechts,
Kiel 1973.

- v. Hippel, Verbraucherschutz,
Tübingen 1974.
- Hoffmann, Mißbrauchsaufsicht über markt-
beherrschende Unternehmen.
Stellungnahme zu dem ersten
Gutachten der Monopolkommis-
sion vom Februar 1975,
WRP 1975, 272 ff.
- Hoffmann, H. Die Rechtsschutzbehauptung
im Verwaltungsprozeß,
VerwArch 53, 297 ff.
- Hohn, Zivilrechtliche Folgen von
Verstößen gegen das Gesetz
gegen Wettbewerbsbeschränkun-
gen, Hamburg 1964.
- Hoppmann, Zum Schutzobjekt des GWB,
in Wettbewerb als Aufgabe,
Bad Homburg v.d.H., Berlin,
Zürich 1968, S. 61 ff.
- Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht,
2. Aufl., Tübingen, Band I,
1963, Band II, 1964.
- Husmann, Nochmals: Postulationsfähig-
keit und Grundgesetz, DRiZ
1971, 311.
- Ipsen, Europäisches Gemeinschafts-
recht, Tübingen 1972.
- Isay, Entwurf eines Gesetzes zur
Verhütung des Mißbrauches
wirtschaftlicher Machtstel-
lungen, Köln 1954.
- Jansen, Die Kopplungsverträge im
Recht der Wettbewerbsbeschrän-
kungen, Bad Homburg v.d.H.,
Berlin, Zürich, 1968.
- Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff
und Ermessen in rechtstheo-
retischer und verfassungs-
rechtlicher Sicht, AÖR,
Bd. 82, 163 ff.
- Jessen, Zur Zulässigkeit der nach-
träglichen Beiladung in Kar-
tellsachen, DB 1961, 1057 ff.

- Kaul, Rechtsfolgen der rechtzeitigen Anmeldung von Altkartellen, AWD 1963, 99 ff.
- Kellermann, Die gewerblichen Schutzrechte im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GRUR 1958, 581 ff.
- Kellner, Der sog. Beurteilungsspielraum in der verwaltungsgerichtlichen Prozeßpraxis, NJW 1966, 857 ff.
- Klaue, Die bisherige Rechtsprechung zum GWB, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 249 ff, Köln, Berlin, Bonn, München 1968.
- Klauer-Möhring, Patentrechtskommentar, 3. Aufl., München 1971.
- Kleemann, Die Wettbewerbsregeln der EWG, Baden-Baden 1962.
- Klinger, Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl., Göttingen, 1964.
- Knöpfle, Zur Feststellung der Nichtigkeit von Kartellvereinbarungen durch die nationalen Gerichte, WuW 1971, 81 ff.
- ./., Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823, Abs. 2 BGB, NJW 1967, 697 ff.
- Koch, Schadensersatz bei unerlaubten wettbewerbsbeschränkenden Handlungen nach deutschem und europäischen Recht, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1968.
- Koehler, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Berlin, Frankfurt 1960.
- Koenigs, Das Verfahren der EWG in Kartellsachen, EUR 1973, 289 ff, 303 ff.

- Kohlmann, Das subjektiv öffentliche Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch, 1964.
- v. Köhler, Gibt es Rechtsbehelfe gegen den unterlassenen Widerspruch bei Anmeldekartellen? BB 1960, 503 ff.
- ./., Der Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung im Kartellrecht, NJW 1971, 1537 ff.
- Kötz, Klagen Privater im öffentlichen Interesse, Sonderdruck aus Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Frankfurt am Main, 1975.
- Krüger, Grundsatz und Kartellgesetzgebung, 1950
- Kuhlmann, Verfahrenswege bei Verstößen gegen das GWB, WRP 1959, 142 ff.
- Kummer, Der Begriff des Kartells, 1966
- Kübler, Kodifikation und Demokratie, JZ 1969, 645 ff.
- Lagrange, Est-il à recommander d'amender les règles concernant la protection juridique? Referat auf der Europäischen Arbeitstagung, Köln 1963, in: Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, KSE Bd. I, S. 606 ff.
- Langen, Kommentar zum Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit Erläuterungen für die Praxis, 4. Aufl. Neuwied a.Rh. und Berlin, 1967 ff.
- Lappe, Kosten in Kartellsachen, BB 1958, 1037 ff.
- Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1969.

- Lauterbach-Hartmann, Kostengesetze, 17. Aufl., München 1973.
- Lehnich, Die Wettbewerbsbeschränkung, Köln, Berlin 1956.
- Leo, Zum Begriff der Schutzvorschrift in § 35 GWB, WuW 1959, 485 ff.
- Lieberknecht, Darf ein Zusammenschluß von Verbänden Geschäftsbedingungen empfehlen? MA 1958, 231 ff.
- Lieps, R., Wettbewerbsbeschränkende Vertriebsverträge und unerlaubte Handlung, Stuttgart 1973.
- Lindenmaier, Das Patentgesetz, 6. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1973.
- Lipps, Zur Frage der Untätigkeitsbeschwerde, WRP 69, 368 ff.
- Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, München 1973.
- Lukes, Der Kartellvertrag, München, Berlin 1959.
- Lutz, Dürfen Wiederverkaufspreise durch ein Einzelunternehmen empfohlen werden?, NJW 1958, 128 ff.
- Lübbert, Das Verbot abgestimmten Verhaltens im deutschen und europäischen Kartellrecht, Heidelberg 1975.
- Lücke, Die Abgrenzung der Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß, AÖR 84, 185 ff.
- Mailänder, Privater Rechtsschutz im Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, DB 1965, 316 ff.
- ./., Die Befugnis der Marktbeteiligten zur Rechtsbeschwerde im Kartellverfahren, WuW 65, 657 ff.

- Mailänder, Zuständigkeit und Entscheidungsfreiheit nationaler Gerichte, Baden-Baden 1965.
- ./.
- Privatrechtliche Folgen unerlaubter Kartellpraxis, Karlsruhe, 1964.
- Markert, Zum Schutzgesetzcharakter des § 25 Abs. 1 GWB, WRP 1966, 330 ff.
- ./.
- Vorläufige Gültigkeit und Verfahrensaussetzung im EWG-Kartellrecht, AWD 1966, 41 ff.
- Mathies, Empfiehlt es sich, die Bestimmungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts über den Rechtsschutz zu ändern und zu ergänzen? - Referat auf dem 46. Deutschen Juristentag Essen 1966, München und Berlin 1967.
- Mayer-Wegelin, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Loseblattsammlung, 1966.
- Menges, Auswirkungen des ersten Urteils des EUGH zur Anwendung von Art. 85 des EWG-Vertrages, DB 1962, 661 ff.
- ./.
- Aussetzung des Zivilrechtsstreites vor der Entscheidung über die Wirksamkeit vertraglicher Export- und Reimportverbote, NJW 1963, 943 ff.
- Menzel, Das Verhältnis der genossenschaftlichen Warenrückvergütung zu gebundenen Preisen, DB 1959, 507 ff.
- Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, München 1974.
- ./.
- Das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, DB 1968, 787 ff, 825 ff = AcP Bd. 168, 235 ff.

- Möschel, 70 Jahre Deutsche Kartellpolitik, Tübingen 1972.
- ./.
- ./.
- Müller, H.J., Das Ermessen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 1969, 119 ff.
- Müller, H., Kartellverbot und Grundgesetz, WuW 1953, 734 ff.
- Müller-Gries-Giessler, Kommentar zum GWB, 2. Aufl., Frankfurt 1967 ff.
- Mümmeler, Beschränkung des Prozeßkostenrisikos, Das juristische Büro 1971, 1 ff.
- Münzberg, Bemerkungen zum Haftungsgrund der Unterlassungsklage, JZ 1967, 689 ff.
- Neri, La Protection Juri dictionelle des Particuliers dans les Communautés Européennes, Université Internationale de Sciences Comparées, Luxembourg, 1965.
- Niederleithinger, Das Umgehungsverbot des § 25 Abs. 1 GWB bei vertikalen Preisempfehlungen, NJW 1964, 1936 ff.
- Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, WuW 1954, 211 ff.
- Obermeyer, Das Verhältnismessen der Verwaltungsbehörden, NJW 1963, 1177 ff.
- Otto, Die Vergütung des Rechtsanwaltes in Kartellsachen, WRP 1959, 144 ff.
- Partsch, Die verfassungsmäßige Sicherung von Wirtschaftsprinzipien, ORDO VI, S. 19 ff.

- Pastor, Der Wettbewerbsprozeß, Köln, Berlin, Bonn, München 1968.
- Plaisant, Nichtigkeit der nach Art. 85 des Rom-Vertrages verbotenen Vereinbarungen, in: Beiträge zum EWG-Kartellrecht, Köln, Berlin, Bonn, München, S. 131 ff.
- Peters, Der Dritte im Baurecht, DÖV 1968, 547 ff.
- Quadri-Monaco-Trabucchi, Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea, Commentarie, Mailand 1965.
- Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: Summum ius-summa iniuria, Tübingen 1963, S. 145 ff.
- Rasch-Westrick, Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell und Monopolrecht, Kommentar, 3. Aufl., Herne, Berlin 1966.
- Reichsgerichtsrätekommentar, Kommentar zum BGB, 12. Aufl., Berlin 1959 ff.
- Reimer-Pastor, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Band III, 4. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1971.
- Reimer, Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, 3. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1971.
- Riedel-Corves-Sußbauer, Kommentar zur Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung, 2. Aufl., Berlin, Frankfurt 1966.
- Riese, Über den Rechtsschutz innerhalb der Europäischen Gemeinschaften, EUR 1966, 24 ff.
- Rittner, Die Rechtssicherheit im Kartellrecht, WuW 1969, 65 ff.
- Roemer, Die Kostenordnung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, NJW 1955, 617 ff.

- Rosenberg-Schwab, Lehrbuch zum Zivilprozeß,
11. Aufl., München 1974.
- Rowedder, "Kartellrecht", Texte der
jetzt in der Bundesrepublik
und in West-Berlin geltenden
Bestimmungen einschl. der
Texte zum Kartellrecht der
Montanunion, 1954.
- Rupp, Zur neuen Verwaltungsgerichts-
ordnung: Gelöste und unge-
löste Probleme, AÖR 85, 301 ff.
- Salinger, Gesetz zur Begründung der
Diktatur des Bundeskartell-
amtes, 1951, o.O.
- Sandberger, Die Nichtigkeit wettbewerbs-
beschränkender Vereinbarungen
und Beschlüsse im Recht der
Europäischen Wirtschaftsge-
meinschaft, Tübingen 1969.
- Sandrock, Die Liefersperre in kartell-
und zivilrechtlicher Sicht,
Jura Wirtschaftsrecht 1970,
48 ff. JuS 1971, 57 ff.
- Säcker, Zielkonflikte und Koordina-
tionsprobleme im deutschen
und europäischen Kartellrecht,
Düsseldorf 1970.
- Scheuner, U., Die staatliche Intervention
im Bereich der Wirtschaft,
VVDStLR 11, 1 ff.
- ./.. Der Bereich der Regierung,
in: Festschrift für Smend,
S. 267 ff.
- Schlieder, Die Anwendung der Art. 85 und
86 des EWG-Vertrages nach dem
Erlaß der ersten Durchführungs-
verordnung, BB 1962, 305 ff.
- Schluep, Vom lautereren zum freien Wett-
bewerb, in: Festschrift für
Eugen Ulmer, GRUR AIT, 1973,
446 ff.

- Schmid, M.H., Maß und Mitte im Kartellstreit, FAZ v. 11.9.1954.
- Schmiedel, Deliktsobligationen nach deutschem Kartellrecht, Erster Teil, Tübingen, 1974.
- ././ Kontrahierungszwang aus § 25 Abs. 1 GWB?, WRP 1966, 41 ff.
- Schneider, W., Das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes in der Praxis der Rechtsprechung, Berlin 1972.
- Schneider, E., Kostenentscheidung und Streitwert im Zivilprozeß, Juristische Analysen 1971, 57 ff.
- Schneider, U.W., Geht die Fortentwicklung des europäischen Gemeinschaftsrechts auf Kosten der Parteien?, NJW 1972, 1596 ff.
- Scholz, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, Berlin 1971.
- Scholz, Ulrich, Vorläufige Gültigkeit - ein Freibrief für verbotswidrige Wettbewerbsbeschränkungen? WRP 1964, 264 ff.
- Schöne, Die Beiladung zum Verfahren vor der Kartellbehörde nach § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB, WRP 1960, 261 ff.
- Schönke, Das Rechtsschutzbedürfnis - Ein zivilprozessualer Grundbegriff, AcP 150, 216 ff.
- Schumacher, Die Durchführung des Art. 85 und 86 des Rom-Vertrages, WuW 1962, 475 ff.
- ././ Rechtliche Probleme bei der Anwendung des EWG-Kartellrechtes durch nationale Behörden, AWD 1965, 405 ff.
- ././ Die Systematik des Wettbewerbsrechts, WuW 1971, 165 ff.

- Schumann, Die Rechtsanwaltsgebühren in Kartellsachen, NJW 1959, 465 ff.
- Schumann-Geißinger, Kommentar zur Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung, 2. Aufl., 1974 ff.
- Schunck-De Clerck, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2. Aufl., Siegburg 1967.
- Schütz, Mißbrauch von Machtstellungen, NJW 1958, 1849.
- Schwartz, Zur Kartellamtspraxis und Rechtsprechung bei Austauschverträgen im Sinne der §§ 15-18 GWB, in: Festschrift für Eugen Ulmer, GRUR AIT, 1973, 497 ff.
- Schwarz, T., Der Schutz der Wettbewerbsordnung vor verbotenen Kartellen - Überlegungen zur Durchsetzbarkeit des Kartellverbots im GWB, WuW 1967, 175 ff.
- Schweins, Das Kartellverbot als Grundlage eines deliktischen Schadensersatzanspruches bei Drittverträgen (§ 35 GWB) unter besonderer Berücksichtigung der Schadensberechnung, Münster 1965.
- Séché, La notion d'intérêt à agir dans le droit de la CECA, Revue Générale de Droit International Public 1962, 299 ff.
- Seydel, Zur Systematik des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1957, 1300 ff.
- Sieg, Moderne Aspekte der Rechtsschutzversicherung, BB 1972, 1377 ff.
- v. Simson, Zur Kritik am Rechtsschutz in den Europäischen Gemeinschaften, DUBI 1966, 653 ff.

- Soell, Beiladung und Konkurrentenschutz im Verwaltungsverfahren des Kartellgesetzes, Festschrift für Wahl, S.439 ff., Heidelberg 1973.
- Spengler, Zivilrechtliche Auswirkungen des Kartellgesetzes, WuW 1960, 410 ff.
- Spormann, Die Aufweichung des Kartellverbotes im Europäischen Wettbewerbsrecht, WuW 1970, 459 ff.
- Sprenkmann, Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Praxis, GRUR 1960, 526 ff.
- Starck, Anhörung und Beiladung im Kartellverfahren, BB 1960, 465 ff.
- Stein, Die Wirtschaftsaufsicht, Tübingen 1967.
- Steindorff, Zur Novellierung des Kartellrechts, BB 1970, 824 ff.
- ./., Zur Nichtigkeit wettbewerbsbeschränkender Abreden im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Festschrift für Ophüls, S. 209 ff, Karlsruhe 1965.
- ./., Volle Wirksamkeit angemeldeter Wettbewerbsbeschränkungen in der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, BB 1969, 980 ff.
- ./., Das Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen in der Anfangszeit der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, BB 1958, 93 ff.
- ./., Rechtsschutz und Verfahren im Recht der europäischen Gemeinschaften - Ausgewählte Probleme, Baden-Baden 1964.

- Steindorff, Das Antragsrecht im EWG-Kartellverfahren und seine prozessuale Durchsetzung, AWD 1963, 353 ff.
- ./.
- Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19. Aufl., Tübingen 1972 ff.
- Stern, Ermessen und unzulässige Berufsausübung, 1964.
- Strickrodt, Liefer- und Leistungsverträge unter den Wirkungen des Kartellverbots, WuW 1957, 75 ff.
- Tetzner, Das Gesetz zur UWG, des WZG und des GebrMG vom 21.7.1965, NJW 1965, 1944 ff.
- Thomas-Putzo, Zivilprozeßordnung, 8. Aufl., München 1975.
- Ule, Empfiehlt es sich, die Bestimmungen des europäischen Gemeinschaftsrechts über den Rechtsschutz zu ändern und zu ergänzen? - Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag, München und Berlin 1966.
- Ullrich, Das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen und die einzelstaatliche Zivilgerichtsbarkeit Berlin 1971.
- Ulmer, P., Europäisches Kartellrecht auf neuen Wegen?, AWD 1970, 193 ff.
- Ulmer-Reimer, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EWG, Band III, München 1968.
- Walther, Zur Frage der Durchsetzung der Mitgliedsaufnahme bei Wirtschafts- und Berufsverbänden, WRP, 1959, 136 ff.

- Weidinger, Der Rechtsschutz betroffener Dritter im Kartellverwaltungsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Stuttgart 1968.
- Weinhardt, Die Klagebefugnis des Konkurrenten, Göttingen 1973.
- Weißler, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, Leipzig 1905.
- Wieczorek, Großkommentar zur Zivilprozeßordnung, 2. Aufl., 1974 ff.
- Wiese, G., Der Ersatz des immateriellen Schadens, 1964.
- Wiethölter, Rechtswissenschaft, Frankfurt-Hamburg 1968.
- Willemer, GWB-Einwendungen gegen UWG-Ansprüche, Hamburg 1975.
- Wilmanns, Die Gültigkeit von Kartellen nach Art. 85 EWG-Vertrag und der Verordnung Nr. 17 unter besonderer Berücksichtigung des Problems des internationalen Anwendungsbereichs dieser Bestimmungen, Frankfurt 1963.
- Wohlfahrt-Everling-Glaesner-Sprung, Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Kommentar zum Vertrag, Berlin-Frankfurt 1960.
- Wolff, Verwaltungsrecht, Band I, 7. Aufl., München 1968.
- Würdinger, Freiheit der persönlichen Entfaltung im Kartell- und Wettbewerbsrecht, WuW 1953, 721 ff.
- ./., Allgemeine Geschäftsbedingungen im Lichte der Dekartellierungsbestimmungen, MDR 1952, 129 ff.
- ./., Exportkartell und EWG, WuW 1960, 315 ff.

- Zangen, Kartelldebatte 1954,
Nr. 6, S. 5 ff.
- Zöllner, Kommentar zur Zivilprozeß-
ordnung, 11. Aufl., München
1973.
- Zuck, Verfassungsrechtliche Beden-
ken zu § 53 PatG, § 23a UWG,
§ 31a WZG, § 17a GbmG, § 247
AktG, GRUR 1966, 167 ff.
- Zweigert, Konrad -
Geisseler-Lagrange, Empfiehlt es sich, Bestimmun-
gen über den Rechtsschutz zu
ändern? - Referate auf der
Europäischen Arbeitstagung
Köln 1963, Kölner Schriften
zum Europarecht, Band 1,
S. 580 ff.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Die Abkürzungen sind Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Auflage, Berlin 1968, und der Zeitschrift 'Karlsruher Juristische Bibliographie' entnommen.

A. Einführung

Professor Erhard erklärte im Jahre 1955 in einer Sitzung des Bundestages, das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen sei "die grundlegende Ordnung der Wirtschaft"¹.

Ob das Gesetz in praxi diesem hohen Anspruch genügt, erscheint im Hinblick auf die sich mehrenden kritischen Stimmen, die in dem Satz gipfelten: das Gesetz sei ein Papiertiger², zweifelhaft.

Dem Vorwurf der mangelnden Effizienz soll mit dieser Arbeit nachgegangen werden.

Dabei ist es erforderlich, die bisherige Spruchpraxis der Kartellbehörden und Gerichte kritisch zu würdigen und gegebenenfalls Änderungsvorschläge zu unterbreiten.

Stellt man die Frage nach der Effizienz des Gesetzes, so ist zu untersuchen, welche Rechte dem Einzelnen gegen eine Wettbewerbsbeschränkung durch das Gesetz verliehen werden und wie dieses Recht in den einzelnen Verfahrensordnungen zu verwirklichen ist.

1 Protokoll der 76. Sitzung des Bundestages vom 24.5.1955, S. 421.

2 Rudolf Wiethölter, Rechtswissenschaft, Frankfurt-Hamburg, 1968, S. 259; zustimmend Möschel, Rechtsordnung zwischen Plan und Markt, 1973, S. 24.

Naturgemäß ist damit zugleich der Streit angesprochen, der das GWB von Anfang an begleitet hat, nämlich, ob durch das Gesetz die Institution des Wettbewerbs³ geschützt wird oder der einzelne Wettbewerber⁴ oder gar beide Schutzzwecke gleichberechtigt nebeneinanderstehen^{5,6}.

-
- 3 Würdinger WuW 53, 722; Ballerstedt JZ 56, 271; Benisch WuW 61, 777; Schumacher WuW 71, 167.
 - 4 Fikentscher BB 56, 793 ff; Seydel NJW 57, 1300; Hengstenberg WuW 58, 444; Kellermann GRuR 58, 581; Schütz NJW 58, 1849; Lukes, Kartellvertrag, 184 ff, 299.
 - 5 BKA, TB, 58, 7 ff, 11; 59,7; 61,7; 65,11; WuW/E BKartA, 281, 286; BGH WuW/E 19, 20 f, Brauereidarlehen; WuW/E BGH 288, 291, Großhändlerverband II.
 - 6 vgl. die Ansätze in der Literatur, den Verbraucherschutz in diesen Problembereich einzubeziehen, bei E. v. Hippel, Verbraucherschutz, S. 83 ff.

B. Die verschiedenen Rechtswege nach dem GWB

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen stellt eine größere Zahl von Rechtswegen zur Verfügung, so daß zunächst zu bedenken ist, welcher Teil für die Untersuchung relevant ist.

Im dritten Abschnitt des vierten Teiles des GWB ist in den §§ 87 ff. GWB von bürgerlich rechtlichen Streitigkeiten die Rede, die sich aus diesem Gesetz, Kartellverträgen und Kartellbeschlüssen ergeben können.

Hier kann den Verfasser nach der Themenstellung nur die Streitigkeit, die sich aus dem Gesetz ergibt, berühren. In diesem Zusammenhang ist auf § 35 GWB zu verweisen.

Nach dieser Vorschrift kann derjenige einen Schadensersatzanspruch oder einen solchen auf Unterlassung geltend machen, dem durch einen anderen unter Verletzung eines Gesetzes, welches ihn schützt, ein Schaden zugefügt wurde.

Somit ist die Rechtsprechung zu § 35 GWB in die Untersuchung einzubeziehen.

Weiterhin kennt das Kartellgesetz die Möglichkeit eines Verwaltungsverfahrens nach den §§ 51 ff. GWB. Danach leitet die Kartellbehörde entweder von Amts wegen oder unter bestimmten Voraussetzungen auf Antrag von Dritten ein Verfahren ein.

Da im folgenden auch die Rechte des Einzelnen gegen die Kartellbehörde geprüft werden sollen, ist auch die Spruchpraxis zu den §§ 51 ff. GWB zu würdigen. Außerdem ist dem Gesetz ein Ordnungswidrigkeitsverfahren nach den §§ 38 ff. GWB und ein objektives Untersagungsverfahren nach § 37a GWB bekannt.

In den Verfahren nach den § 37a und §§ 38 ff. GWB ist eine Einwirkungsmöglichkeit des Einzelnen nicht vorgesehen. Insbesondere fehlt ein dem § 172 StPO - Klageerzwingungsverfahren - vergleichbares Rechtsinstitut.⁷

Folglich hat sich der Verfasser mit den Verfahren nach dem § 35 und den §§ 51 ff. GWB zu beschäftigen.

Die Ansprüche gegenüber der Behörde werden im folgenden nach allgemeinem Sprachgebrauch als subjektiv öffentliche⁸ und diejenigen zwischen den Privaten zur besseren Unterscheidung als subjektiv private bezeichnet.

Der Anspruchsinhaber wird von dem Verfasser zur Vereinfachung in Anlehnung an den Sprachgebrauch von Scholz⁹ und Soell¹⁰ Konkurrent genannt.

7 h.M. vgl. statt vieler Köhler, NJW 1971, 1540.

8 vgl. zu der fast unüberschaubaren Literatur zum subjektiv öffentlichen Recht: Bühler, Die subjektiv öffentlichen Rechte, Bachof in Gedächtnisschrift für Jellinek, S. 291, Fußn. 16 und Henke, Das subjektiv öffentliche Recht, Tübingen 1968.

9 Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 43.

10 Soell, Beiladung und Konkurrentenschutz im Verwaltungsverfahren des Kartellgesetzes, in Festschrift für Wahl, S. 440.

Mit diesem Begriff sind nicht nur die Wettbewerber auf der gleichen Stufe erfaßt, sondern auch Lieferanten und Kunden; also jeder, der auf vor- oder nachgelagerten Märkten in wirtschaftlichem Kontakt zu einem anderen tritt.

C. Subjektiv private Rechte im GWB

I. Ansatzpunkt § 35 GWB

Bei der Untersuchung der Frage, welche subjektiv privaten Rechte die Spruchpraxis dem Konkurrenten einräumt, liegt es nahe, bei § 35 GWB anzusetzen.

Diese Vorschrift ist nach herrschender Meinung § 823 II BGB nachgebildet¹¹.

Bei der Begriffsbestimmung kann daher an die Rechtsprechung des Reichsgerichtes und des Bundesgerichtshofes zu § 823 Abs. 2 BGB angeknüpft werden. Danach kommt es darauf an, ob die fragliche Norm dem Einzelnen - hier dem Konkurrenten - eine geschützte Rechtsposition im Sinne eines subjektiven Rechtes - mag diese Zielvorstellung auch in einer Gemengelage mit anderen Absichten des Gesetzgebers liegen - oder lediglich einen Rechtsreflex gewährt¹².

11 BGHZ 29, 344 = WuW/E BGH 288, 290 "Sanifa"; O. Schweins, Das Kartellverbot als Grundlage eines deliktischen Schadensersatzanspruches bei Drittverträgen, § 35 GWB, 1965, S. 8 ff; Mailänder, Privatrechtliche Folgen unerlaubter Kartellpraxis, 1964, S. 169 m.w.Nachw.; R. Liebs, Wettbewerbsbeschränkende Vertriebsverträge und unerlaubte Handlung 1973, S. 18 f.; umfassend Schmiedel, Deliktobligationen nach deutschem Kartellrecht, I. Teil, S. 2 ff. a.A. nur Leo, WuW 1959, 485 ff.

12 RGZ 100, 142 ff, 147; BGH, LM Nr. 48 zu § 823 (Bf); Knöpfle NJW 1967, 697, Haager in RGRK BGB Anm. 104 zu § 823 m.w.Nachw. sowie die gesamte Lehrbuch- und Kommentarliteratur zu § 823 Abs. 2 BGB.

Unter Zugrundelegung dieser Definition ist nun die Rechtsprechung zu den einzelnen Normen des GWB zu untersuchen.

II. Auslegungskriterien

Vorab ist die Frage zu klären, ob die klassische Rangfolge der Hermeneutik, also Auslegung nach Wortlaut, Systematik, Teleologie und Gesetzesgeschichte anzuwenden ist oder ob Sonderregeln zur Auslegung von GWB-Normen entwickelt wurden, die gegebenenfalls zu beachten sind.

In der Sanifa-Entscheidung¹³ hat der BGH ausgesprochen, daß für das GWB ganz allgemein gelte, daß die im öffentlichen allgemeinen Interesse erlassenen Vorschriften gegen eine mißbräuchliche Beschränkung des Wettbewerbs in der Regel auch den privatrechtlichen Schutz eines verletzten einzelnen Unternehmens dienen sollen. An anderer Stelle heißt es, der Sinn und Zweck des GWB diene auch dem Schutz der Marktbeteiligten¹⁴. Diese Entscheidungsgründe lassen sich so verstehen, daß im Zweifel das verletzte Unternehmen geschützt werden sollte.

Es lassen sich jedoch auch anderslautende Urteile des BGH finden.

13 WuW/E BGH 288, 290 Sanifa=Großhändlerverband II.

14 WuW/E BGH 562 Zigaretten, 'WuW/E BGH 783 Bauindustrie.

Dort wird ausgeführt, daß die Verbote des GWB im Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung des Wettbewerbs erlassen wurden¹⁵.

Eine eindeutige Haltung der BGH-Rechtsprechung läßt sich danach nicht feststellen.

Der Schluß liegt nahe, daß die Betonung des Individualschutzes in dem Sanifa-Urteil nur für den dort entschiedenen Einzelfall gelten und eine umfassende Aussage zu den Schutzrechten der betroffenen Unternehmen nicht gemacht werden sollte.

Diese Ansicht wird auch von der letzten Entscheidung¹⁶ des BGH zu der Frage, ob § 22 GWB ein Schutzrecht im Sinne von § 35 GWB sei, gedeckt.

An der entscheidenden Stelle erklärt der BGH: "Vielmehr bedarf es einer Prüfung im Einzelfall, ob die fragliche Norm neben ihrer Verfolgung der Allgemeininteressen nicht nur als deren bloßer Reflex oder mittelbar über eine zugunsten eines Betroffenen wirkende Mißbrauchsverfügung der Kartellbehörde (siehe § 35 Abs. 1 GWB), sondern unmittelbar auch den Schutz von Individualinteressen mit der Folge einer echten Anspruchsgewährung (nach § 35 GWB) bezweckt (etwas anderes besagt auch nicht die Sanifa-Entscheidung a.a.O.)."

15 WuW/E BGH 827 Schweißbolzen
WuW/E BGH 813 Zimcofot.

16 BGH, U.v. 22.10.1973, NJW 1974, 901 ff.

Danach ist die Hypothese verifiziert, daß der BGH die Sanifa-Entscheidung, die in der Eindeutigkeit ihrer Aussage herausragt, wieder in ihrer Bedeutung eingeengt und keine klare Aussage weder in die Richtung Individual- noch Institutionsschutz gemacht hat.

Somit lassen sich von daher keine speziellen Auslegungsregeln erkennen.

Besonderheiten ergeben sich jedoch aus der Neigung des BGH, entgegen den Regeln der Hermeneutik¹⁷ die Gesetzesgeschichte nicht als letzte zweifelausräumende Auslegungsmöglichkeit zu betrachten, sondern sie als ersten Auslegungsmaßstab zu verwenden¹⁸.

17 Larenz, Methodenlehre, S. 305 ff.
Coing, Rechtsphilosophie, S. 313 ff.

18 BGHZ 28, 208, 210 = WuW/E BGH 251 "4711";
BGHZ 31, 105, 112 = WuW/E BGH 359 "Glasglühkörper"; BGHZ 36, 91, 101 = WuW/E BGH 442 "Gummistrümpfe"; BGHZ 36, 370, 371 = WuW/E BGH 472 "Rollfilme"; BGHZ 41, 42, 49 = WuW/E BGH 585 "Fensterglas"; BGHZ 34, 37, 49 = WuW/E BGH 415 "IG-Bergbau"; BGHZ 41, 61, 65 = WuW/E BGH 559 "Zigaretten"; BGHZ 34, 53, 58 = WuW/E 419 "Apotheke".

Diese Eigenart hat die Literatur im wesentlichen widerspruchsflos hingenommen und wendet dieses Prinzip auch an¹⁹.

Dagegen erheben sich Bedenken. Die Verwendung der historischen Methode als maßgebender Auslegungsmaßstab würde - hiermit wäre zu beginnen - zu Unvollständigkeiten führen; denn der Gesetzgeber kann bei der Kodifizierung des Gesetzes noch nicht an alle möglichen Auslegungen gedacht haben.

Eine Überbetonung der historischen Auslegung wird in aller Regel auch jede Rechtsfortbildung verhindern und die Bedeutung und Auslegungsmöglichkeit einer Norm auf den Meinungsstand bei Erlass des Gesetzes einfrieren.

Entwicklungen, wie sie in der Rechtsgeschichte nachweisbar sind²⁰, bei denen sich die Auslegung von Normen völlig von der Gesetzesgeschichte entfernt haben und sogar den Gesetzesmaterialien entgegengesetzte Auslegungen sich durch die Veränderung der Ansichten durchsetzten, wären unmöglich. Noch ein weiteres verfassungsrechtliches Bedenken käme hinzu.

19 vgl. z.B. die Literatur zu der Frage, ob § 1 GWB im Schutzgesetz i.S. v. § 35 GWB Benisch im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl. Anm. 5 zu § 35 GWB; Frankfurter Kommentar Tz 14 ff und 46 zu § 35 GWB; Rasch-Westrick Anm. 3 zu § 35 GWB; Würdinger MDR 52, 132; derselbe WuW 60, 313; Ballerstedt JZ 56, 271; Strickrodt WuW 57, 90 ff; Leo WuW 59, 489 ff; Bezzenger WRP 56, 209 f; Hengstenberg WuW 1958, 443; Hohn, Zivilrechtliche Folgen von Verstößen gegen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1964, S. 43 ff; Mailänder, Privatrechtliche Folgen unerlaubter Kartellpraxis, S. 177. Bedenken äußert, soweit ersichtlich, nur Klaue, Die bisherige Rechtsprechung zum GWB, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 249 ff, 257 ff.

20 vgl. das Beispiel bei Bachof in Gedächtnisschrift bei Jellinek a.a.O.

Das Bundesverfassungsgericht vertritt in ständiger Rechtsprechung eine Auslegungsmethode, die der klassischen Reihenfolge der Hermeneutik entspricht²¹. Diese Methode wendet es auch bei der Überprüfung von Normen auf deren Verfassungskonformität bzw. Verfassungswidrigkeit an²¹.

Es wäre deshalb theoretisch möglich, daß der Bundesgerichtshof und das Bundesverfassungsgericht zu unterschiedlichen Ergebnissen bei der Beantwortung der Frage kommen, ob ein Gesetz verfassungsgemäß ist oder nicht. Dies hat entsprechende Konsequenzen bei der Vorlagepflicht des Bundesgerichtshofes nach Art. 100 Abs. 1 GG.

Außerdem erscheint eine Disharmonie in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und des Bundesverfassungsgerichtes nicht wünschenswert, es sei denn, daß ein billigenswerter Grund dafür vorliegt. Dies wird dann der Fall sein, wenn es sich um ein verhältnismäßig junges Gesetz handelt, bei dem die Rechtsentwicklung noch nicht fortgeschritten ist, Kommentierungen noch nicht vorliegen und die Gesetzesmaterialien der einzige Anhaltspunkt und Hilfe für den Gesetzesanwender sind.

Diese Ausnahme trifft bei dem GWB bei Berücksichtigung der zahlreichen Kommentare und anderen Publikationen nicht zu.

21 BVerfGE 1, 299, 312; 19, 354, 362.

Eine Ausnahme wird man auch bei sorgfältig abgewogenen Gesetzen machen können, die natürlich gewachsen sind, bei denen kein rechtspolitischer Streit stattgefunden hat und die gewissermaßen von der Rechtsauffassung des gesamten Volkes getragen wurden und auch noch zum Auslegungszeitpunkt getragen werden²².

Ob diese Prämisse beim GWB zutrifft, erscheint zweifelhaft.

Dieser Frage soll im Wege eines rechtshistorischen Exkurses nachgegangen werden.

Die rechtspolitische Auseinandersetzung begann in Deutschland im wesentlichen mit dem Urteil des Reichsgerichtes vom 4.2.1897²³, bei dem es um die Frage ging, ob das sächsische Holzbrikantenkartell gegen § 1 GewO verstieß.

Dies wäre dann der Fall gewesen, wenn § 1 GewO, in dem die Gewerbefreiheit verankert ist, als Kartellverbot anzusehen gewesen wäre.

Das Gericht hat sich auf den Standpunkt der damals herrschenden Meinung gestellt und ausgeführt, daß Kartellverträge nur bei Vorliegen besonderer Umstände Bedenken erregen²⁴, "namentlich wenn es ersichtlich auf die Herbeiführung eines tatsächlichen Monopols und die wucherische Ausbeutung der Konsumenten abgesehen ist, oder diese Folgen durch die getroffenen Vereinbarungen und Einrichtungen tatsächlich herbeigeführt werden."^{24a}

22 Ähnlich Klaue, a.a.O. S. 258.

23 RGZ 38, 155 ff.

24 vgl. dazu kritisch Lehnich, Die Wettbewerbsbeschränkung, 1956, S. 239; Möschel, 70 Jahre Deutsche Kartellpolitik, S. 7 ff.

24a RGZ 38, 155 ff, 158.

Die kartellfreundliche Haltung änderte sich jedoch, als die Kartelle immer zahlreicher wurden, ihr wirtschaftlicher Einfluß immer größer wurde und sie dadurch in den Krisenzeiten vermehrt unter den Beschuss der öffentlichen Meinung gerieten.

Im Jahre 1900 brachte daraufhin die Zentrums-
partei²⁵ im Reichstag den Antrag ein, eine Untersuchungskommission einzusetzen. Diesem Antrag schlossen sich noch mehrere Parteien an, und so wurde in den Jahren 1902 bis 1906 von der Reichsregierung eine Kartellenquête durchgeführt.

In der Denkschrift der Kartellenquête²⁶ wird zum Ausdruck gebracht, daß die Verhandlungen dazu beigetragen hätten, eine Annäherung und Einigung der konträren Standpunkte der interessierten Kreise anzubahnen. Außerdem wird noch auf die gute Mitarbeit der Kartellvertreter hingewiesen.

Auf legislativer Ebene geschieht nichts.

Dieser Zustand bleibt so bis zum Jahre 1923. Bis dahin hat es zwar bei bestimmten Wirtschaftszweigen²⁷ vereinzelte gesetzgeberische Maßnahmen gegeben, ein umfassendes Konzept fehlt jedoch noch.

25 Reichstagsdrucksache 1901/1902 Nr. 81.

26 Reichstagsdrucksache 1907/1909 Nr. 1019.

27 KohlenwirtschaftsVO, RGBl 1919, 342; Kaliwirtschaftsgesetz RGBl 1919, 413.

Aufgrund des Ermächtigungsgesetzes vom 13. Oktober 1923 ergeht die Kartellverordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2. November 1923²⁸.

Diese Verordnung enthielt kein Kartellverbot. Der Reichswirtschaftsminister konnte gemäß § 4 der Verordnung immer dann eingreifen, wenn ein Kartellvertrag oder Beschluß oder die Durchführung dieses Beschlusses die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl gefährdeten²⁹. Er hatte in diesem Fall entsprechende Maßnahmen bei einem Kartellgericht zu beantragen. Es handelte sich danach um eine reine Mißbrauchsaufsicht.

Die Kartellverordnung wurde am 26.7.1930 durch die Kartellnotverordnung ergänzt³⁰.

Nunmehr konnte die Reichsregierung selbst, ohne das Kartellgericht anrufen zu müssen, Verträge und Beschlüsse für nichtig erklären, wenn die Wirtschaftlichkeit der Erzeugung oder des Verkehrs mit Waren oder Leistungen beeinträchtigt oder die wirtschaftliche Handlungsfreiheit in volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigter Weise eingeschränkt wurde, § 1 Abs. 1a KNVO.

28 RGBI 1923, I, S. 1067.

29 Diese Begriffe finden sich in dem jetzt geltenden GWB bei § 8, dem sogen. Ministerkartell, sie klingen auch bei der Erlaubnis zur Fusion nach § 24 Abs. 3 GWB an.

30 RGBI, I, 311.

Der äußere Anlaß für diese Verschärfung war die Wirtschaftskrise der dreißiger Jahre.

Im Anschluß an die KNVO wurde die Ausführungsverordnung über Aufhebung und Untersagung von Preisbindungen vom 30.8.1930 erlassen³¹. In dieser ging man zum ersten Mal so weit, bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen für nichtig zu erklären. Es handelte sich dabei um die in § 1 KNVO bezeichneten Arten der Beschränkung des Wettbewerbs. Voraussetzung war dabei, daß dem Abnehmer einer Ware entweder für Waren anderer Art oder Herkunft oder für gewerbliche Leistungen Verpflichtungen in Bezug auf die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen auferlegt wurden³².

Trotz der Verschärfung der Kartellgesetzgebung war gleichzeitig eine Zunahme der Zwangskartellierung³³ zu beobachten, offenbar in der Absicht, Notlagen bei bestimmten Wirtschaftszweigen besser begegnen zu können.

31 Reichsanzeiger vom 30.8.1930.

32 vgl. dazu die heutige Regelung in §§ 15 ff GWB.

33 Zusammenschluß der Milchverarbeiter und Milcherzeuger aufgrund des Milchgesetzes vom 31.3.1930, RGBI 1930, I, 421; Zusammenschluß der Zuckerwirtschaft aufgrund der Verordnung vom 27.3.1931, RGBI 1931, I, 88. Die Beispiele sind dem Frankfurter Kommentar, E B, Tz 27, entnommen, a.a.O. befinden sich noch weitere Belegstellen.

Eine Konsequenz dieser Auffassung war das Gesetz über die Errichtung von Zwangskartellen vom 15.7.1933³⁴.

Dieses Gesetz berechnigte den Reichswirtschaftsminister, Unternehmen zu Kartellen, Syndikaten und ähnlichem zusammenzuschließen, soweit der Zusammenschluß bei Würdigung der Belange der Unternehmen sowie der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls für geboten erschien³⁵. Weiterhin hatte der Reichswirtschaftsminister entsprechende Eingriffs- und AufsichtsbeFugnisse³⁶. Außerdem konnte er bei Würdigung der Belange des Gemeinwohls und der Gesamtwirtschaft anordnen, daß Unternehmen ihren Geschäftsbetrieb nicht erweiterten sowie neue Unternehmungen verbieten³⁷.

Gleichzeitig wurde ein weiteres Änderungsgesetz zur KNVO erlassen, wonach sämtliche Befugnisse nach diesem Gesetz in der Hand des Reichswirtschaftsministers vereinigt wurden³⁸.

Nunmehr stand dem Reichswirtschaftsminister das gesamte damals vorhandene Instrumentarium zur

34 RGB1 1933, I, 488.

35 § 1 des Zwangskartellgesetzes.

36 § 3 des Zwangskartellgesetzes.

37 § 5 des Zwangskartellgesetzes.

38 RGB1 1933, I, 487.

Einflußnahme auf die Wirtschaft zur Verfügung. Er konnte wirtschaftliche Machtstellungen durch Zwangskartellierung unter seinen Einfluß bringen und unliebsame Machtzusammenballungen durch die KNVO beseitigen.

Erwähnenswert als weitere Maßnahme des Staates vor dem Zusammenbruch im Jahre 1945 ist die im Zuge der Kriegswirtschaft erlassene Marktaufsichtsverordnung vom 20.10.1942³⁹. Danach standen dem Reichswirtschaftsminister gegenüber marktregelnden Vereinbarungen sowie gegenüber deren Ausführung ganz allgemein ohne die bisherigen Voraussetzungen Eingriffsrechte zu⁴⁰. Darüber hinaus konnte der Reichswirtschaftsminister gegenüber marktbeeinflussenden Unternehmen Maßnahmen ergreifen, wenn sie ihren Einfluß zum Schaden der Gesamtwirtschaft mißbräuchlich ausnützten⁴¹.

Nach Kriegsende befaßten sich die Besatzungsmächte mit dem Kartellproblem.

Bereits im April 1945 erhielten die Militärgouverneure von den vereinigten Stabschefs die Anweisung, alle Kartelle oder ähnliche Vereinbarungen zu verbieten, gleichgültig, ob sie privat- oder öffentlichrechtlicher Natur waren. Außerdem sollten zur Erlangung der Kontrolle über die deutsche Industrie die Konzerne, Pools, die

39 RGBI 1942, I, 619.

40 §§ 1, 2 der VO.

41 § 4 der VO.

Verschmelzung der Dachgesellschaften und Verschachtelung der Geschäftsleitung einer Prüfung unterzogen werden. Schließlich war den deutschen Firmen verboten, sich an internationalen Kartellen oder anderen einschränkenden Vereinbarungen zu beteiligen. Bestehende Verbindungen waren sofort aufzulösen⁴².

Diese Orders waren ein Ergebnis des Kilgore-Ausschusses im amerikanischen Senat über die Schwächung der amerikanischen Kriegsproduktion durch Deutschland. Das Ziel der Besatzungsmächte war nach Ziff. 12 des Potsdamer Abkommens, das kriegswirtschaftliche Potential Deutschlands zu zerschlagen⁴³.

Unter Beachtung dieser Vorstellung erging dann am 28.1.1947 für die amerikanische Zone das MRG 56⁴⁴, für die britische die MRVO 78⁴⁵ sowie am 9.6.1947 die MRVO 96⁴⁶ für die französische Zone.

⁴² Die Anweisung ist im Wortlaut abgedruckt bei Günther, WuW 51/52, 25.

⁴³ vgl. Lehnich a.a.O., S. 465; Frankfurter Kommentar, a.a.O., Tz 35; Rasch, Kommentar zum GWB, 2. Aufl. 1958, S. 5; Langen, Kommentar zum GWB, Loseblattausgabe, Einf. 23; Müller-Henneberg, Kommentar zum GWB, 1. Aufl. 1958, Einl. I, S. 49; Müller-Gries-Giessler, Loseblattausgabe, Vorbem. VI.

⁴⁴ Abl der amerikanischen Militärregierung abgedruckt bei Lehnich, a.a.O., Anhang X und bei Rowedder, "Kartellrecht", Texte der jetzt in der Bundesrepublik und in Westberlin geltenden Bestimmungen einschließlich der Texte zum Kartellrecht der Montanunion, 1954-

⁴⁵ Abl der britischen Militärregierung Nr. 16, 412 abgedruckt bei Rowedder a.a.O.

⁴⁶ Journal officiel 1947, 784 abgedruckt bei Rowedder a.a.O.

Das MRG 56 und die MRVO 78 stimmten fast wörtlich überein und enthielten nach amerikanischem Antitrustvorbild ein sehr weitgehendes Kartellverbot⁴⁷. Übermäßige Wirtschaftskonzentrationen waren verboten und zu beseitigen⁴⁸. Per se galten als übermäßige Konzentration Kartelle und ähnliche Verbindungen sowie alle sonstigen Formen von Absprachen, deren Zweck in der Beschränkung des Handels lag⁴⁹. Außerdem wurden sämtliche Unternehmen, die mehr als 10.000 Personen beschäftigten, einer Prüfung unterzogen⁵⁰. Unternehmen, deren Charakter oder Geschäftsgebaren als bedenklich anzusehen waren, konnten ebenfalls als übermäßige Konzentration angesehen werden, ohne daß sie die oben erörterten Voraussetzungen erfüllten⁵¹.

Diesen Verboten stand ein sehr enger Erlaubnisvorbehalt gegenüber, wonach Befreiung dann erteilt werden konnte, wenn Charakter oder Betätigung des betreffenden Unternehmens entweder mit

47 Im weiteren wird deshalb, um Wiederholungen zu vermeiden, nur das Gesetz für die amerikanische Zone behandelt.

48 Art. 1 MRG 56.

49 Abschnitt II MRG 56.

50 Abschnitt III MRG 56.

51 Abschnitt IV MRG 56.

den Zielen des Gesetzes nicht in Widerspruch stand oder zur Förderung der festgelegten Ziele der Militärregierung erforderlich war.

Über die Ziele des Gesetzgebers konnte man in der Präambel des Gesetzes neben der Vorstellung des Potsdamer Abkommens lesen, daß es der Besatzungsmacht auch darum ging, die Grundlage für den Aufbau einer gesunden und demokratischen Wirtschaft zu schaffen⁵².

Die Verordnung 96 der französischen Zone⁵³ wich von dem amerikanischen Vorbild ab und folgte dem in Europa üblichen und bekannten Mißbrauchssystem.

Dies versuchte man gesetzestechnisch dadurch zu erreichen, daß eine Generalklausel geschaffen wurde, nach der jede übermäßige Machtanhäufung auf wirtschaftlichem Gebiet als ungesetzlich verboten wurde.

Schon aus der Formulierung eines Verbotes kann man jedoch entnehmen, daß sich hier schon der amerikanische Einfluß bemerkbar machte.

Der Verfasser verweist insoweit auf die Aufsichtsbefugnisse nach KVO von 1923⁵⁴.

Es kommt hinzu, daß der Unterschied zwischen den legislativen Maßnahmen der Alliierten kaum praktisch wurde, weil ab 1950 nach der inzwi-

52 Ziff. 4 der Präambel vgl. Rowedder a.a.O.

53 vgl. Rowedder a.a.O.

54 Ziff. 4 der KVO, RGBI 1923, I, S. 1067 ff.

schen geänderten Zuständigkeitsbestimmung die Kompetenz der Decartellisation and Deconcentration Group der alliierten Oberkommission oblag⁵⁵. Parallel zu diesen Maßnahmen betrieben die Besatzungsmächte Entflechtungsverfahren⁵⁶.

Die alliierten Dekartellierungsbestimmungen galten bis zum Inkrafttreten des deutschen Kartellgesetzes am 1.1.1958⁵⁷; lediglich die Handhabung der Vorschriften wurde den deutschen Behörden nach Abschluß der Pariser Verträge⁵⁸ überlassen, nachdem dadurch die Bundesrepublik Deutschland ihre Souveränität wiedererlangt hatte.

Die deutschen Wissenschaftler und Beamten waren während der Besatzungszeit nicht untätig geblieben.

So bildete sich schon im Jahre 1946 auf Veranlassung des Länderrates in Stuttgart ein Kreis von Sachverständigen, um einen Entwurf für ein Monopol- und Kartellgesetz zu erstellen. Dieser Sachverständigenrat, dem bereits damals Professor Böhm angehörte, stand unter der Führung von Josten, dem langjährigen Leiter des Kartellreferates im Reichswirtschaftsministerium.

55 vgl. dazu das Schreiben des französischen Hohen Kommissars vom 23.11.1953, abgedruckt in BB 1954, 414.

56 vgl. Frankfurter Kommentar a.a.O. Tz 43-50.

57 BGBI, 1957, I, 1081.

58 BGBI, 1955, II, 215.

Von diesem Sachverständigenausschuß kam ein neuer Impuls zu den bereits vorhandenen Denkanstößen: zum einen Verbotsgesetzgebung wie im Antitrustrecht des USA, zum anderen Mißbrauchsgesetzgebung wie bisher in Europa üblich. Man vertrat die Auffassung, daß die Erkenntnisse der neoliberalen Nationalökonomie, insbesondere die der Freiburger Schule Grundlage des Gesetzesentwurfs sein müßten⁵⁹.

Die markantesten Vertreter dieser Richtung waren, um nur einige wenige zu nennen, Böhm, Eucken, Erhard, Roepke und Müller-Armack⁵⁹.

Fikentscher hat die Meinung der Freiburger Schule in einem Satz zusammengefaßt, der später als Schlagwort weitergetragen wurde:

"In der freien Konkurrenz besteht Freiheit zur Freiheit", der Staat habe einzugreifen, "es hat Zwang zur Freiheit zu herrschen"⁶⁰.

Der Josten-Entwurf⁶¹, der in den Jahren 1946-1949 erarbeitet wurde, sah im wesentlichen ein absolutes Kartellverbot vor, welches nur durch Erlaubnisse des Monopolamtes unter sehr engen Voraussetzungen durchbrochen wurde. Außerdem sollten Unternehmen mit wirtschaftlicher Macht

59 vgl. dazu statt vieler die Nachweise bei Müller-Henneberg, 1. Aufl., S. 55 und Dürr, Wesen und Ziele des Ordoliberalismus.

60 Fikentscher, WuW 1955, 206.

61 abgedruckt in Müller-Henneberg, 1. Aufl., S. 1159 ff.

ohne Kartelleigenschaft entschachtelt und aufgliedert werden. Inhabern wirtschaftlicher Macht konnten Auflagen erteilt werden. Schließlich waren noch wettbewerbsfördernde Maßnahmen und strenge Strafdrohungen gegen Gesetzesverletzungen vorgesehen.

Die Vorlage des Entwurfes führte schon deshalb nicht zur Annahme, weil die Alliierten in ihrem Memorandum vom 29. März 1949 mit dem Titel "Deutsche Teilnahme an der Dekartellierung"⁶² nur einen Teil ihrer Befugnisse auf die deutschen Behörden delegiert hatten und der Gesetzesentwurf die Materie im ganzen betraf.

Nach diesem Memorandum sollte die Dekonzentration in den Händen der Alliierten bleiben, der geforderte Gesetzesentwurf mußte ein Kartellverbot enthalten und außerdem war der Chapter 5 der Havanna Charta^{63,64} zur Grundlage zu machen⁶².

Parallel zu dem Josten-Entwurf bemühte man sich beim Zentralamt für Wirtschaft in Minden um die Lösung des Kartellproblems. Dies fand seinen Niederschlag im Entwurf einer Verordnung über Markt- und Bewirtschaftungsverbände sowie über marktbeeinflussende Unternehmen⁶⁵.

62 Drucksache des Wirtschaftsrates 1949, Nr. 1093 v. 9.4.1949.

63 Die Havanna Charta ist in WuW 53, 244 ff abgedruckt.

64 Chapter 5, Havanna Charta besagt, daß sich jedes Mitglied verpflichtet, einschränkende Handelspraktiken, wie z.B. Festsetzung von einzuhaltenden Preisen oder Geschäftsbedingungen für den Kauf oder Verkauf oder die Vermietung eines Erzeugnisses, Diskriminierung bestimmter Unternehmen usw. zu unterlassen.

65 vgl. Günther a.a.O.

Die Grundlage des Entwurfes war, das Zentralverwaltungs-system der damaligen Wirtschaft stärker mit marktwirtschaftlichen Elementen zu durchsetzen und Versorgungs- und Bewirtschaftungsaufgaben auf private Zusammenschlüsse zu übertragen.

Die Antwort der britischen Militärregierung, der man den Entwurf am 25.11.1946 zuleitete, war jedoch ablehnend⁶⁶; dies ergab sich schon aus der oben behandelten Anweisung an die Militärgouverneure.

Nachdem der Josten-Entwurf wegen der oben erwähnten Umstände nicht zur Vorlage kam - inzwischen war auch das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten und bedingte andere Zuständigkeiten -, ging die Arbeit an einem neuen Entwurf entsprechend den Grundsätzen des alliierten Memorandums weiter.

In diesem Stadium wiederholte die alliierte Hohe Kommission am 28. Januar 1950 nochmals ihre Forderung, ein Gesetz gegen Handelsmißbräuche vorzubereiten⁶⁷.

Es folgten dann verschiedene Entwürfe, in denen zwei Prinzipien miteinander rangen, einmal eine planerische und zum anderen eine freiwirtschaftliche Tendenz⁶⁸.

66 vgl. Günther a.a.O.

67 vgl. den schriftlichen Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, Drucks. 3644/1158, abgedruckt bei Müller-Henneberg, a.a.O. Teil B.

68 Schriftl. Bericht des wirtschaftspol. Ausschusses, a.a.O.

Während die ersten Entwürfe deutliche Züge eines Staatsinterventionismus ohne eine wirtschaftspolitische Gesamtaussage zeigten, so setzte sich doch nach und nach die Linie des Bundeswirtschaftsministers Erhard durch, die das Konkurrenzprinzip zum tragenden Organisationsprinzip der Wirtschaft machte und jeden Interventionismus, sei er nun von staatlicher oder privater Seite, ablehnte.

Einen vorläufigen Endpunkt fand die Entwurfsarbeit in der Kabinettsvorlage vom 22. Mai 1951⁶⁹. Diese Vorlage ließ im wesentlichen schon die heutige Gestalt des Gesetzes erkennen. Grundprinzip war ein Kartellverbot mit Ausnahmeregelungen und eine Mißbrauchsaufsicht gegenüber bestehenden wirtschaftlichen Machtpositionen. Außerdem war eine Fusionskontrolle unter bestimmten Voraussetzungen vorgesehen.

Dieser Entwurf mußte wegen des Vorbehalts nach dem Besatzungsstatut den Alliierten zur Genehmigung vorgelegt werden. Nach langwierigen Beratungen konnte der Regierungsentwurf ohne große Änderungen durchgesetzt werden.

Die wichtigsten Änderungen betrafen eine klare Fassung des Rationalisierungskartells; die Einschränkung der Preisfestsetzungsmöglichkeit

69 Frankfurter Kommentar, a.a.O., Tz. 53.

durch ein genehmigtes Rationalisierungskartell und die Einbeziehung nicht am Verträge beteiligter Dritter in die Beurteilung der Wirksamkeit von Ausschließlichkeitsklauseln und in das Verbot von Preisempfehlungen⁷⁰.

a

Nachdem der Regierungsentwurf entsprechend umgeändert war, wurde die Regierungsvorlage im Mai 1952 dem ersten deutschen Bundestag zugeleitet und kam von dort nach Änderungsvorschlägen in den Bundesrat⁷¹.

Die Regierungsvorlage ging nach ihrer Begründung⁷² von der schon angedeuteten wettbewerbspolitischen Vorstellung aus, daß die Wettbewerbswirtschaft die ökonomischste und zugleich demokratischste Form der Wirtschaftsordnung sei und daß der Staat nur insoweit in den Marktablauf lenkend eingreifen soll, wie dies zur Aufrechterhaltung des Marktmechanismus oder zur Überwachung derjenigen Märkte erforderlich sei, auf denen die Marktform des vollständigen Wettbewerbs nicht erreichbar sei⁷³.

Die Regierungsvorlage war in der Öffentlichkeit stark umstritten; viele Vertreter des Wirtschaftslebens fanden die Verbotsgesetzgebung als zu weitgehend und votierten für eine Mißbrauchs-

70 vgl. Günther, WuW 51/52, 281.

71 BRatsDrucks. Nr. 121/1952; BTDrucks. 3263.

72 Abgedruckt WuW 51/52, 460 ff.

73 vgl. den deutlichen Einfluß der Freiburger Schule.

lösung. - Einen Höhepunkt fand dieser Streit in dem Briefwechsel zwischen Bundeswirtschaftsminister Erhard und dem Präsidenten des BDI, Berg⁷⁴.

Prof. Erhard verteidigte in seinem Brief mit zehn Thesen den Regierungsentwurf, indem er im wesentlichen die Abhängigkeit eines freien Marktes und damit auch letztlich der Freiheit der Unternehmer von einem freien Leistungswettbewerb und dieser wieder von freier Preisbildung nachzuweisen versuchte.

Die Fragestellung Mißbrauchs ./. Verbotsgesetzgebung sei verfehlt und gehe am Kernpunkt des Problems vorbei, weil jeder gebundene Preis, sei er nun sittlich oder kalkulatorisch zu vertreten, ein volkswirtschaftlicher Übelstand sei. Schließlich könne sich nicht derjenige auf Freiheit berufen, der sie nur brauche, um sie zu unterbinden.

Dagegen antwortet Berg ebenfalls in 10 Thesen, daß der Ausgangspunkt Erhards vom Wert des freien Preises unrichtig sei. Der freie Preis habe nämlich in erster Linie die Aufgabe, die wirtschaftliche Leistung und die Konsumentenversorgung zu fördern. Außerdem führt Berg seinen Angriff noch gegen das Ideal vom vollständigen Wettbewerb und erläutert anhand von Beispielen, daß diese Idee wirklichkeitsfremd und denkmodellhaft sei; die Realitäten auf dem Markt sprächen eine andere Sprache.

74 vgl. Brief von Erhard vom 10.7.1952, abgedruckt in WuW 51/52, 733; Antwort Berg vom 6.10.1952, abgedruckt in WuW 51/52, 857.

Außerdem seien Kartelle und Marktwirtschaft durchaus vereinbar. Die Kartelle trügen zur Milderung der Konjunkturausschläge bei. Das Kartellverbot würde die Produktivitätssteigerung beeinträchtigen, zur Konzentration führen und die Industrie diskriminieren, weil in dem Regierungsentwurf ganze Wirtschaftsbereiche von der Kartellgesetzgebung freigestellt seien⁷⁵. Deshalb sei eine Mißbrauchsgesetzgebung anzustreben⁷⁴.

Professor Böhm nimmt dann seinerseits zu dem Briefwechsel Stellung⁷⁶, indem er nachdrücklich die Verbotsgesetzgebung verteidigt und die Angriffe auf das Denkmodell des vollständigen Wettbewerbs zurückweist. Er stellt klar, daß niemand dieses Modell zwangsweise verwirklichen wolle, vielmehr sei nur ein Höchstmaß an Wettbewerb zu erstreben.

Dieser Briefwechsel zeigt nur die Grundpositionen der damaligen Auseinandersetzung zwischen Verbots- und Mißbrauchsgesetzgebung. Tatsächlich waren die kritischen Äußerungen differenzierter. Man kann folgende Einteilung vornehmen⁷⁷.

Kaum wurde die Meinung⁷⁸ vertreten, daß es eine schrankenlos kartelloffene Wirtschaft geben müsse. Die meisten Kritiker räumten ein, daß ein irgendwie geartetes entweder staatliches oder

75 vgl. § 99 des GWB in der Fassung von 1957.

76 Äußerungen Böhm zu dem Briefwechsel WuW 53, 178 ff.

77 Nach Fikentscher, WuW 55, 209 ff.

78 Andreae, WuW 53, 396; Salinger, Gesetz zur Begründung der Diktatur des BKA, 1951.

wirtschaftseigenes Kontrollsystem bestehen müsse⁷⁹. Zahlreicher ist die schon oben erwähnte Gruppe, die statt der Verbotsgesetzgebung eine Mißbrauchsgesetzgebung fordert, so etwa Isay, der auch einen Gegenentwurf⁸⁰ zum Gesetzesentwurf der Regierung schrieb.

Isay billigt an sich schon die Absicht des Regierungsentwurfs, die freie Konkurrenz einem System anzunähern, das der vollkommenen Konkurrenz als Idealbild entspricht, also einen stets und für jeden zugänglichen Wettbewerb zu verschaffen. Er mißbilligt jedoch das Mittel der Verbotsgesetzgebung als zu weitreichende Einflußnahme des Staates.

Er ist der Auffassung, daß man die Wirtschaft für die vollkommene Konkurrenz interessieren kann. Gesetzestechnisch wollte er dieses dadurch erreichen, daß man die Kartelle und marktbeherrschenden Unternehmen grundsätzlich unter einer Mißbrauchsaufsicht beläßt, aber die in jedem Kartell als vorhanden angenommenen Zentrifugalkräfte, die auf Auseinandersetzung gerichtet sind, durch erleichterte Kündigungsmöglichkeiten verstärkt⁸¹.

79 So etwa Haussmann, Der Antitrustgedanke im Wirtschaftsrecht, Zürich.

80 Isay, Entwurf eines Gesetzes zur Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellungen, 1954.

81 vgl. §§ 6, 7 des Isay-Entwurfes und § 13 GWB in der Fassung vom 4. April 1974.

Isay sieht in der Belassung gewisser Wettbewerbsbeschränkungen erst die Verwirklichung des sozialen Elements in der Marktwirtschaft; so könne zum Beispiel in einer Krisensituation ein Vernichtungswettbewerb verhindert werden⁸².

Diese Ausführungen stießen auf Kritik. Zum einen hielt man Isay's Ansicht hinsichtlich des Selbstinteresses der Wirtschaft für utopisch⁸³, zum anderen warf man ihm vor, daß er den Begriff der sozialen Marktwirtschaft verkenne⁸⁴.

Neben diesen Vertretern gibt es noch eine weitere Gruppe von Kritikern und Anhängern der Mißbrauchsgesetzgebung, die den wesentlichen Unterschied zur Verbotsgesetzgebung in der Verteilung der Beweislast sahen⁸⁵.

Bei der Verbotsgesetzgebung müßte sich das betroffene Unternehmen entlasten, bei der Mißbrauchsgesetzgebung habe die Behörde den Beweis des Verstoßes zu führen.

Als weitere Nuance in dem Meinungsstreit läßt sich eine Auffassung von Anhängern der Verbots-gesetzgebung festhalten⁸⁶, die die Ausnahme des Verbots nicht in einzelnen Regeln, sondern in

82 Isay, a.a.O., S. 27 ff.

83 C.E. Fischer, Jahrbuch f. Nationalökonomie u. Statistik, 1954, S. 233.

84 Fikentscher, WuW 55, 210, mit weiteren Nachweisen.

85 z.B. Zangen, Kartelldebatte 1954, Nr. 6, S. 5.

86 vgl. Fikentscher, ZHR, Bd. 117, 1954, 89 ff.; Max H. Schmid, Maß und Mitte im Kartellstreit, FAZ vom 11.9.1954.

einer Generalklausel gefaßt sehen möchten - vergleichbar einer rule of reason im amerikanischen Antitrustrecht.

Auch das Grundgesetz wurde in den Streit einbezogen.

Es wurde die Auffassung vertreten, daß ein allgemeines Kartellverbot gegen die in Art. 2, 9 oder 12 GG gewährten Grundrechte der freien Persönlichkeitsentfaltung, der Koalitionsfreiheit oder der Freiheit der Berufswahl verstieße⁸⁷.

Diese Ansicht stieß auf Kritik⁸⁸; Nipperdey⁸⁸ hält das Kartellverbot für einen Grundsatz der sozialen Marktwirtschaft. Nach seiner Meinung ist die soziale Marktwirtschaft ein Verfassungsgebot, so daß von daher eine Unvereinbarkeit des Kartellverbots mit dem Grundgesetz nicht in Betracht kommt.

Böhm und Helmut Müller⁸⁸ stellen auf § 1 GewO ab. In dieser Norm sei der Grundsatz der Gewerbefreiheit enthalten, der auch in die Verfassung Eingang gefunden habe. Dieser sei Grundlage für ein Kartellverbot. Die Entscheidung des Reichsgerichtes zum sächsischen Holzfabrikantenkartell⁸⁹ stehe dem nicht entgegen, weil sie sich auf unzureichendes volkswirtschaftliches Quellschrifttum berufe⁹⁰.

87 Isay, Entwurf 1954, S. 38; Giese, NJW 1950, S. 336; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Band, 1953, S. 389; Krüger, Grundgesetz u. Kartellgesetzgebung, Göttingen, 1950.

88 Müller, Helmut, WuW 53, 734; Böhm, ORDO I, S. 197; Nipperdey, WuW 54, 211; Partsch, ORDO VI, S. 19.

89 RGZ 38, 155 ff.

90 vgl. Böhm a.a.O.

Der überaus heftige Meinungsstreit behinderte auch das Fortkommen der parlamentarischen Arbeit.

In der ersten Legislaturperiode kam man über eine Diskussion der ersten sich mit den Kartellen befassenden Normen des Regierungsentwurfes nicht hinaus. Der von der Bundesregierung in der zweiten Legislaturperiode erneut vorgelegte Gesetzesentwurf wurde vom Bundesrat am 21.5.1954 gebilligt. Wegen der heftigen Kritik an dem Regierungsentwurf wurde ein aus Vertretern des Bundeswirtschaftsministeriums, des Bundesjustizministeriums und des BDI gebildeter Ausschuß geschaffen.

Dem Bundestag wurde der Gesetzesentwurf am 22. Januar 1955 als Drucksache 1158 zugeleitet. Die erste Lesung fand am 24. und am 31.3.1955 statt. Gleichzeitig mit der Regierungsvorlage wurde der Höcherl-Entwurf⁹¹ und der Böhm-Entwurf⁹² beraten.

Der Höcherl-Entwurf ging vom Mißbrauchsprinzip aus. Für Quotenkartelle, Gebietskartelle und Syndikate war ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt für den Fall vorgesehen, daß nicht zu besorgen war, daß durch den Vertrag schädliche Wirkungen auf den Ablauf von Erzeugung oder Handel oder auf die angemessene Versorgung der Verbraucher ausgeübt wurden⁹³. Die Generalklausel, die Mißbrauchsaufsicht betreffend, lautete folgender-

91 Drucks. 1253.

92 Drucks. 1269.

93 § 3 des Entwurfes a.a.O.

maßen:

"Die Kartellbehörde kann Kartellverträge und Kartellbeschlüsse für unwirksam erklären und ihre Durchführung untersagen, wenn von ihnen schädliche Wirkungen auf den Ablauf von Erzeugung oder Handel oder auf die angemessene Versorgung der Verbraucher zu befürchten sind."⁹⁴

Der Böhm-Entwurf folgte dem Verbotsprinzip, Ausnahmen sollten abweichend vom Regierungsentwurf nur im Rahmen einer eng gefaßten Generalklausel erteilt werden. Auf eine enumerative Aufzählung von Erlaubnistatbeständen wurde verzichtet. Weiter sah der Entwurf einen Schutz gegen die Verschärfung des Wirtschaftskampfes vor. Die Inhaber wirtschaftlicher Machtstellungen sollten der Aufsicht der Kartellbehörde unterstellt werden, Konzernbildungen waren grundsätzlich erlaubt, konnten aber verboten werden, wenn der Zusammenschluß die Folge haben würde, daß ein marktbeherrschendes Gesamtunternehmen entsteht.

Der Bundestag verwies alle Entwürfe an die Ausschüsse. Der federführende wirtschaftspolitische Ausschuß des zweiten Bundestages beschloß, nach der Vorlage der Regierung vorzugehen, die sich als geeigneter Kompromiß anbot⁹⁵.

Das Gesetz erhielt bei seiner Verabschiedung durch den Bundestag am 3.4.1957 bis auf wenige Ausnahmen die Stimmen der Fraktion der CDU/CSU, der Deutschen Partei, der Freien Volkspartei und der FDP. Die SPD und der gesamtdeutsche Block BHE verweigerten dem Gesetz ihre Zustimmung mit

94 § 4 des Entwurfes a.a.O.

95 vgl. Frankfurter Kommentar a.a.O. Tz 60.

der Begründung, der Kompromiß des Entwurfes habe sich zu weit von der Grundkonzeption entfernt. Der Bundesrat verabschiedete das Gesetz gegen die Stimmen der Länder Bremen und Hessen bei Stimmenthaltung des Landes Bayern. Das Gesetz wurde am 27.7.1957 verkündet⁹⁶ und trat am 1.1.1958 in Kraft.

Das Gesetz hat seit dem Jahre 1958 verschiedene Novellierungen erfahren und liegt nunmehr in der Fassung vom 4. April 1974 vor⁹⁷.

Aus der vorstehenden Darstellung läßt sich das Resümee ziehen, daß das Gesetz den unterschiedlichsten Einflüssen vom mildesten Mißbrauchsgesetz bis zur strengsten Antitrustgesetzgebung ausgesetzt war.

Dies wird auch ausdrücklich in dem Generalbericht des Abgeordneten Dr. Hellwig, Ausschuß für Wirtschaftspolitik, eingeräumt⁹⁸. Die Zerstrittenheit der Volksvertreter ergibt sich zum einen aus den verschiedenen Gesetzesentwürfen und zum anderen aus den Kurzprotokollen 63-197 der Sitzungen des wirtschaftspolitischen Ausschusses. Es gab nach kursorischem Überblick keine Vorschrift, über die nicht heftig bis heftigst gestritten wurde.

96 BGBI. 1957, I, 1081.

97 BGBI. I, 869.

98 abgedruckt bei Müller-Henneberg, a.a.O., 1. Aufl., S. 1157 ff.

Das Ergebnis ist bekannt - ein Kompromiß aus Verbots- und Mißbrauchsgesetzgebung.

Aus dem rechtshistorischen Exkurs kann man somit entnehmen, daß das GWB keine Prämisse erfüllt, wonach es geboten erscheinen könnte, die Gesetzesgeschichte in den Vordergrund zu rücken. Vielmehr erscheint es angebracht, einen Schritt in die umgekehrte Richtung zu tun. Von der historischen Auslegung sollte bei dem GWB nur äußerst sparsam Gebrauch gemacht werden. Sie ist nach Auffassung des Verfassers nur dann heranzuziehen, wenn nach den anderen drei Auslegungsmöglichkeiten noch Zweifel bleiben und die Vorschrift nach den Gesetzesmaterialien nicht umstritten war.

Eine andere Meinung von dem Stellenwert der historischen Auslegung wird kaum wissenschaftlich exakte Ergebnisse zeitigen können, da es bei dem rechtspolitischen und rechtsideologischen Streit nicht schwer sein dürfte, eine Stelle aus den Materialien zu finden, die die jeweilige Meinung stützen wird⁹⁹.

Im folgenden wird deshalb entgegen der Meinung des BGH¹⁰⁰ und der Literatur¹⁰⁰ nach der klassischen Reihenfolge mit der ^{erwähnten} Einschränkung bei der historischen Auslegung verfahren werden.

99 im Ergebnis ebenso Klaue, a.a.O. S. 258, der sogar davon spricht, daß das GWB nicht nur erkennbaren, sondern auch unerkennbaren Einflüssen ausgesetzt war.

100 vgl. FN. 18 und 19.

III. Überblick über die Spruchpraxis zu § 35 GWB

1) § 1 GWB

Mit der Frage, ob § 1 GWB ein Schutzgesetz im Sinne von § 35 GWB sein kann, hat sich die Rechtsprechung¹⁰¹ bereits mehrfach befaßt.

Eine einheitliche Linie läßt sich zu dem aufgeworfenen Problem nicht feststellen.

Es werden drei Meinungen vertreten.

Die Gerichte sind einmal der Auffassung gewesen, § 1 GWB könne nur zusammen mit § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB ein Schutzgesetz sein¹⁰². Dies bedeutet, daß der Konkurrent sich erst dann wehren kann, wenn ein Kartell i.S. von § 1 GWB praktiziert wird.

101 U/LG Düsseldorf, 28.3.1958, WuW/E LG/AG 98 "Wohnraumleuchten"; U/LG Düsseldorf, 8.9.1959, WuW/E LG/AG 149 "Filmtransport"; U/LG Mannheim, 18.12.1964, WuW/E LG/AG 263 "Zweittaxi"; U/LG Düsseldorf, 22.12.1964 4 a OK 91/64 "Rosenthal-Studio-Linie"; U/LG Berlin, 23.5.1966, "Krankenhauspflegesätze", 16 O 57/66; U/LG Düsseldorf, 30.5.1967, 18 OK 665/65 II; U/OLG Düsseldorf, 6.6.1968, UK 14/67, BB 68, 1260; B/BGH, 15.7.1966, WuW/E BGB 778 "Bauindustrie"; B/BGH, 14.3.1968, WuW/E BGH 943 "Fahrlehrer"; U/BGH 21.6.1971, WuW/E BGH 1210 "Verbandszeitschrift" = GRUR 1972, 40 ff m. Anm. Hefermehl; U/BGH 13.6.1971 "Ostmüller", GRUR 1972, 44 ff. m. Anm. Koenigs; U/BGH, 4.4.1975, NJW 75, 1223 ff. = WuW/E BGH 1361 "Krankenhaus-Zusatzversicherung".

102 U/LG Düsseldorf, WuW 98 "Wohnraumleuchten"; U/LG Mannheim, WuW 263 "Zweittaxi"; U/LG Düsseldorf, 4 a OK 91/64 "Rosenthal-Studio-Linie"; U/LG Düsseldorf, 18 OK 665/65 II.

Das LG Düsseldorf¹⁰³ hat ausgeführt, daß § 1
GWB ohne § 38 I GWB ein Schutzgesetz sein könne.

Das LG Berlin¹⁰⁴ hat in einem Urteil die Mei-
nung vertreten, daß § 1 GWB weder für sich
allein noch in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 1
GWB als Schutzgesetz in Betracht komme.

Das OLG Düsseldorf¹⁰⁵, das über die Berufung
gegen ein Urteil des LG Düsseldorf¹⁰⁶ zu ent-
scheiden hatte, erwähnte die mögliche Anspruchs-
grundlage aus § 1 GWB in Verbindung mit § 35
GWB, ließ die Frage jedoch offen und entschied
nach Genossenschaftsrecht.

Der BGH¹⁰⁷ brauchte bis vor kurzem zu dem Pro-
blem keine Stellung zu nehmen, ließ aber inci-
denter erkennen, daß er lediglich § 1 GWB i.V.
mit § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB als mögliches Schutz-
gesetz ansah¹⁰⁸.

103 U/LG Düsseldorf, WuW146 "Filmtransport".

104 U/LG Berlin, 160 57/66 "Krankenhauspflege-
sätze" nicht veröffentlicht.

105 U/OLG Düsseldorf, BB 68, 1260.

106 U/LG Düsseldorf, 18 OK 665/65 II.

107 B/BGH, WuW 778 "Bauindustrie"; B/BGH, WuW
943 "Fahrlehrer"; U/BGH, WuW 1210 "Verbands-
zeitschrift"; U/BGH, GRUR 1972, 44 ff.
"Ostmüller".

108 In der Entscheidung "Ostmüller", GRUR 1972,
44 ff. geht der BGH nämlich von einer Fall-
gestaltung aus, bei der das Kartell bereits
praktiziert wird. Dies ergibt sich aus der
Annahme des BGH, daß der klägerische Vor-
trag bereits aus § 26 Abs. 2 GWB a.F.
schlüssig sei. Dies war wohl auch die Auf-
fassung des OLG Düsseldorf als Vorinstanz
in seinem Urteil vom 28.7.1970 - vgl. dazu
Koenigs GRUR 72, 48, Fußnote 3 u. 4.

Nun hat der BGH¹⁰⁹ am 4.4.1975 die "Krankenhaus-Zusatzversicherung'(s)-Entscheidung" gefällt, in der er sich mit dem hier interessierenden Problem befaßt hat.

Der Leitsatz des Urteils lautet: "§§ 1, 38 I Nr. 1 GWB bezwecken den Schutz derjenigen Wettbewerber der Kartellpartner, die infolge der Beschränkung des Wettbewerbs schon am Zutritt zu dem durch den Vertrag beeinflussten Markt behindert werden".¹¹⁰

Daraus könnte man schließen, daß sich der BGH, nachdem er diese Möglichkeit bereits in anderen Urteilen und Beschlüssen¹¹¹ angedeutet hatte, entschlossen hat, der Meinung das Wort zu reden, die lediglich § 1 GWB in Verbindung mit § 38 I Nr. 1 GWB als Schutzgesetz ansehen will.

Diese Hypothese wird auch noch dadurch unterstützt, daß es unter II der Entscheidungsgründe¹¹² heißt: "Das angefochtene Urteil hält im Ergebnis jedenfalls einer Überprüfung stand, soweit die Unterlassungsansprüche auf §§ 1, 38 I Nr. 1 GWB gestützt werden".

Weiter ist dann allerdings in den Urteilsgründen von § 1 GWB als Schutzgesetz die Rede, ohne daß § 38 Abs. I Nr. 1 GWB herangezogen wird.¹¹³

109 U/BGH vom 4.4.1975, WuW/E BGH 1361 ff. = NJW 1975, 1223 ff.

110 BGH a.a.O., S. 1223.

111 vgl. Fußnoten 107 und 108.

112 BGH a.a.O., S. 1224.

113 BGH a.a.O., S. 1225.

Hinzu kommt noch, daß es sich hier um einen Fall handelt, in dem die Beklagten das Fehlverhalten noch gar nicht praktizieren, sondern dies erst beabsichtigen¹¹⁴.

§ 38 Abs. I Nr. 1 GWB scheidet danach von vornherein aus.

Daraus ergibt sich, daß der Leitsatz unzutreffend formuliert ist und der BGH sich dazu bekannt^{hat}, daß § 1 GWB ein Schutzgesetz im Sinne von § 35 GWB ist. Er macht jedoch die Einschränkung, daß eine allgemeine Feststellung nicht getroffen werden kann, sondern vielmehr von Fall zu Fall entschieden werden muß¹¹⁵.

Das Schrifttum¹¹⁶ ist in dieser Frage kontrovers. Es werden, wie in der Rechtsprechung, die bereits oben erläuterten drei Ansichten vertreten.

114 BGH a.a.O., 2. Abschn. rechte Spalte.

115 BGH a.a.O., S. 1125.

116 Die Schutzgesetzeigenschaft lehnen ab: Benisch im Gemeinschaftskommentar Anm. 5 zu § 35 GWB; Frankfurter Kommentar Tz 14 ff. + 46 zu § 35 GWB; Rasch, Anm. 3 zu § 35 GWB; Würdinger MDR 52, 132; WuW 53, 727 ff; WuW 60, 313; Ballerstedt Jz 56, 271; Strickrodt WuW 57, 90 ff; Leo, WuW 59, 489 f; Bezzenberger WRP 56, 209 f.; Hohn, Zivilrechtliche Folgen von Verstößen gegen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1964, S. 43 ff; Hengstenberg WuW 1958, 443.

§ 1 GWB sei in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB ein Schutzgesetz meinen: Müller-Gries-Giessler Rdnr. 7 zu § 35 GWB; Langen-Bockstiegel Rdnr. 4 zu § 35 GWB; Hefermehl Rdnr. 7 zu § 35 GWB, GRUR 72, 43 ff; Spengler WuW 60, 410 ff; Flume, WuW 56, 460; Fikentscher, BB 56, 795; O. Schweins, Das Kartellverbot, 1965, S. 17 f. m.w.Nachw.; Mailänder, Privatrechtliche Folgen unerlaubter Kartellpraxis, S. 177; E. Koch, Schadensersatz, 1968, S. 13ff.;

In der neueren Literatur läßt sich eine überwiegende Meinung dahingehend feststellen, daß § 1 GWB nur in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Ziff. 1 GWB ein Schutzgesetz sei¹¹⁷.

Es wird mit folgenden Argumenten gestritten:
Der BGH führt zur Begründung seiner Auffassung aus:

"Angesichts der Bedeutung, die dem Kartellverbot nach dem Gesetz in der Wirtschaftsordnung, insbesondere der machtein-schränkenden Kontrolle eines gemeinsam vereinbarten Verhaltens auf dem Markt zukommt, genügt in einem Fall dieser Art die Rechtsschutzverweigerung allein, die in § 1 GWB zum Ausdruck kommt, und die Bußgeldandrohung wegen einer Ordnungswidrigkeit (§ 38 I Nr. 1 GWB) nicht. Mangels eines

Willemer, GWB-Einwendungen gegen UWG-Ansprüche, 1975, S. 157.

Der Ansicht, daß § 1 GWB für sich allein ein Schutzgesetz sei, sind:
Mayer-Wegelin, § 35 Anm. 3; Meyer-Cording, NJW 53, 580; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. 1, S. 386; Deringer NJW 56, 1714; Lukes, Kartellvertrag, S. 184 ff, 248 ff.; zweifelnd Emmerich, Wettbewerbsrecht der öffentlichen Unternehmen, S. 307 m.w.Nachw. Mestmäcker, AcP 1968, 235; Biedenkopf, WuW 1968, 3; Hoppmann in: Wettbewerb als Aufgabe, 1968, S. 61; Steindorff, BB 1970, 826; Kummer, Der Begriff des Kartells, 1966, S. 119; Säcker, Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht, S. 24, nehmen a.a.O. zwar nicht ausdrücklich zu dem hier aufgeworfenen Problem Stellung, vertreten aber die Ansicht, daß das Kartellverbot vor Eingriffen der Kartelle in die Freiheitsphäre Dritter schützt. Konsequenterweise sind sie deshalb den Vertretern zuzurechnen, die die Schutzgesetzzeigenschaft des § 1 GWB bejahen.

117 vgl. Hefermehl, a.a.O.; Schweins a.a.O.; Mailänder a.a.O.; Müller-Gries-Giessler a.a.O.

außerkartellrechtlichen Deliktschutzes in diesem Interessenbereich, etwa aus dem Gesichtspunkt des Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und mangels eines hinreichenden kartellrechtlichen Deliktschutzes im vorliegenden Fall, ist auch aus deliktsrechtlicher Sicht ein solcher Schutz derjenigen gesetzestreuen Wettbewerber geboten, auf deren Kosten die Abschnürung des Marktzutrittes durch die Beklagten vollzogen wird.

Daß beim Schadensersatzanspruch die Feststellung des Ausmaßes des Schadens unter Umständen gewisse Schwierigkeiten bereiten kann, ist kein durchgreifender Gesichtspunkt gegen diese Auslegung, weil Schwierigkeiten dieser Art im Wettbewerbsrecht auch sonst auftreten können. Schließlich braucht sich ein Unternehmen bei der drohenden Gefährdung seiner Interessen am freien Wettbewerb nicht allein auf das Eingreifen der zuständigen Kartellbehörde verweisen zu lassen."¹¹⁸

In der älteren Literatur, die für eine Schutzgesetzeigenschaft votiert, wird im wesentlichen die Gesetzesgeschichte als Begründung angegeben¹¹⁹.

Die Vertreter der gegenteiligen Meinungen argumentieren ebenfalls mit der Gesetzesgeschichte¹¹⁹.

118 BGH a.a.O., S. 1125.

119 vgl. Fußnote 116.

Außerdem wird ausgeführt, das Schutzgut des § 1 GWB sei die Institution des Wettbewerbs und nicht der Individualschutz¹²⁰.

Weiterhin ist man der Ansicht, daß Verträge und Beschlüsse, die Voraussetzung für ein Erlaubnisverfahren nach den §§ 2-8 GWB sein könnten, nicht Schadensersatz- bzw. Unterlassungsansprüche auslösen könnten¹²¹.

Schließlich sei eine Beteiligung Dritter an der Durchsetzung der Wettbewerbsordnung verfehlt, weil dadurch die Institution der Marktordnung gestört würde¹²².

Im übrigen bestände keine Notwendigkeit, § 1 GWB als Schutzgesetz anzunehmen, da bereits ein ausreichender Schutz durch § 38 Abs. 1 Ziff. 1 GWB in Verbindung mit § 1 GWB gegeben sei¹²³.

Der Begründung des BGH ist entgegenzuhalten, daß zwar zunächst die Definition des Schutzgesetzes gebracht wird¹²⁴, dann jedoch keine Subsumtion erfolgt.

120 vgl. Hohn, Zivilrechtliche Folgen von Verstößen gegen das GWB, S. 44 ff; S. 53 ff. jeweils m.w.Nachw. und Benisch, Gemeinschaftskommentar, Anm. 7 zu § 35 GWB m.w. Nachw.

121 Benisch im Gemeinschaftskommentar, Anm. 7 zu § 35 GWB, 2. Aufl. im Anschluß an Lieberknecht MA 58, 224.

122 Benisch im Gemeinschaftskommentar, 3. Aufl. Anm. 8 zu § 35 GWB m.w.Nachw.

123 vgl. Mailänder a.a.O.

124 BGH a.a.O.

Die Sätze, die die Auslegung des BGH stützen sollen, zeigen zwar auf, daß ein Schutz des Mitbewerbers wünschenswert wäre, warum aber § 1 GWB ein Schutzgesetz sein soll, erläutern sie nicht.

Es fehlt jegliche klassische Auslegung, die nun im nachfolgenden versucht werden soll.

Bei verbaler Auslegung ergibt sich, daß der Gesetzgeber bestimmte Verhaltensweisen mit dem Verdikt der zivilrechtlichen Unwirksamkeit belegt. Die Verwendung des rechtstechnischen Begriffs der Unwirksamkeit, die expressis verbis noch kein Verbot statuiert, könnte dabei gegen die Annahme eines Schutzgesetzes sprechen. Es ist jedoch zu bedenken, daß § 1 GWB systematisch gesehen im Zusammenhang mit Normen steht, die ein rechtsgeschäftliches Handeln betreffen. Dort erscheint es aber gerade sinnvoll, an die zivilrechtliche Unwirksamkeit anzuknüpfen. Im übrigen ist es auch lediglich eine Frage der Methode, ob man bei Verhaltensweisen wie in den §§ 25, 26 GWB ein "darf nicht" oder bei rechtsgeschäftlichen Vorgängen die Vokabel "unwirksam" benutzt¹²⁵.

Somit ergibt sich als Zwischenergebnis, daß sich bei verbaler und systematischer Auslegung ein Schutzzweck nicht eindeutig festlegen läßt.

Bei teleologischer Auslegung ergibt sich, daß sowohl die Institution des Wettbewerbs als auch der einzelne Mitbewerber durch die zivilrechtliche Unwirksamkeit der Verträge geschützt wird.

125 so ausdrücklich BGH in WuW/E BGH 253 "Sannifa"; im Ergebnis wohl auch E. Koch, Schadensersatz, S. 20.

Der Vorrang eines Schutzzweckes, der den einen gar als Reflex des anderen erscheinen läßt, ist nicht feststellbar¹²⁶.

Aus den Kurzprotokollen Nr. 84, 125, 147 und 196 von den Sitzungen, in denen sich die Abgeordneten mit § 1 GWB befaßt haben, läßt sich nichts entnehmen, was gegen dieses Ergebnis der teleologischen Auslegung spricht. In den Gesetzesmaterialien lassen sich, wie schon bereits oben angedeutet, sowohl Belegstellen für den Institutionsschutz als auch solche für den Individualschutz finden¹²⁷.

Das nach Auffassung des Verfassers beste Beispiel dafür, daß in dem hier relevanten Abschnitt beide Schutzziele angesprochen sind, befindet sich direkt in der Einleitung der Regierungsbe-gründung¹²⁸.

-
- 126 im Ergebnis ebenso Willemer, GWB-Einwendungen gegen UWG-Ansprüche, S. 49 ff, der seine Auffassung nicht mit dem GWB selbst, sondern vom Verfassungsrecht her begründet; vgl. dazu auch die rechtshistorische Darstellung.
- 127 ebenso Clodius, Die Mißbrauchsbestimmungen des GWB als Schutzgesetze, S. 73; J. Baur, ZHR 72, 59 f; Brugger, WuW 59, 469; neuestens Willemer a.a.O., S. 48.
- 128 BT-Drucksache 1158, nach Anlage 1, Abschn. A I, abgedruckt bei Müller-Henneberg, 1. Aufl., S. 1057; Unterstreichungen sind vom Verfasser.
- "Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen stellt eine der wichtigsten Grundlagen zur Förderung und Erhaltung der Marktwirtschaft dar. Es soll die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und wirtschaftliche Macht da beseitigen, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher

Danach bestätigt in diesem Fall die historische Auslegung das Ergebnis, welches bei der teleologischen Auslegung gefunden wurde.

Somit ergibt sich nach der Auslegung, daß § 1 GWB ein Schutzgesetz zugunsten des betroffenen Mitbewerbers sein kann.

Es fragt sich jedoch, ob die Argumente der Gegenmeinung so gewichtig sind, daß dennoch eine Schutzgesetzeigenschaft abzulehnen ist.

Die Begründung mit Hilfe der Gesetzesgeschichte wurde bereits widerlegt, ebenso das Argument, Schutzgut des § 1 GWB sei die Institution des Wettbewerbs und nicht der Individualschutz.

Gewichtiger erscheint da schon die Ansicht, § 1 GWB sei als Schutzgesetz überflüssig, weil bereits ausreichender Schutz durch § 38 Abs. I Ziff. 1 sowie die §§ 25 ff GWB gewährt werden¹²⁹.

in Frage stellt. Das Gesetz geht von der durch die wirtschaftswissenschaftliche Forschung erhärteten wirtschaftspolitischen Erfahrung aus, daß die Wettbewerbswirtschaft die ökonomischste und zugleich demokratischste Form der Wirtschaftsordnung ist und daß der Staat nur insoweit in den Marktablauf lenkend eingreifen soll, wie dies zur Aufrechterhaltung des Marktmechanismus oder zur Überwachung derjenigen Märkte erforderlich ist, auf denen die Marktform des vollständigen Wettbewerbs nicht erreichbar ist."

129 vgl. Fußnoten 119 ff.

Diesem Argument will sich der Verfasser über ein Beispiel nähern.

Die Unternehmen A und B erfahren, daß ihre Wettbewerber , die Unternehmen C, D, E und F ab 1977 ein Preiskartell praktizieren wollen. Es ist beabsichtigt die bisherigen Preise um 20 % zu unterbieten. Können A und B bereits 1976 dagegen vorgehen?

Bei einem solchem Verhalten der Unternehmer versagt der Schutz von § 38 Abs. 1 Ziff. 1 und §§ 25 ff. GWB. Die Unternehmen haben nämlich den Wettbewerb noch nicht beschränkt. Sie befinden sich erst noch in einer Vorzone.

Es stellt sich nun die Frage, ob ein Unternehmen, das von jener Kartellabsprache weiß, abwarten muß, bis das Kartell praktiziert wird oder ob es bereits vorher gerichtlich vorgehen kann im Wege der vorbeugenden¹³¹ Unterlassungs-

130 Ein so eindeutiger Fall wird in der Praxis selten anzutreffen sein, vgl. aber den Sachverhalt, der der BGH-Entscheidung NJW 1975, 1223 ff. zu Grunde lag.

131 Da hier noch kein rechtswidriger Eingriff vorliegt, sondern ein solcher erstmalig bevorsteht, spricht man von der vorbeugenden Unterlassungsklage, vgl. dazu BGHZ 2, 394, 3, 276, RGZ 101, 335/339, 151, 239, 246, Baur. Zu der Terminologie und einigen Sachproblemen der "vorbeugenden Unterlassungsklage" JZ 66, 381, Münzberg, JZ 67, 689, vgl. statt weiterer Erman-Hefermehl, Rdn 28 zu § 1004.

klage. Der Verfasser ist mit dem BGH der Ansicht, daß der Mitwettbewerber bereits vorher eine solche Möglichkeit haben sollte.

Das Fatale des Wirtschaftsmechanismus ist bekanntlich, daß eine einmal praktizierte Preisabsprache, wie sie in dem Beispielfall geschildert wird, nur noch schwer in allen Zweigbetrieben zu stoppen und aus dem Bewußtsein des Verbrauchers wieder zu löschen ist.

Die Unternehmen A und B können die Konsumenten schließlich nicht zwingen, die durch die Wettbewerber C, D, E und F angebotenen Waren zu ignorieren.

Deshalb erscheint es dem Verfasser wichtig, daß die Mitbewerber bereits so früh wie möglich die Gelegenheit bekommen müssen, gegen ein auch nur geplantes Kartell gerichtlich anzugehen¹³².

132 Mit dieser Ausgangsposition des Wettbewerbers wird auch zum Teil die Kritik von Scholz, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, S. 100, hinfällig, der glaubt, daß § 35 GWB nicht an der vorbeugenden Sicherung der wettbewerblichen Chance orientiert^{sei}, sondern an der Restitution der vereitelten Chance. Ob die Ansicht von Scholz, der Soell, Beiladung und Konkurrentenschutz im Verwaltungsverfahren, Festschrift für Wahl, S. 446, zustimmt, aus tatsächlichen Gründen zutrifft, ist später zu erörtern.

Die Ansicht von Benisch, es würde bei der Beteiligung Dritter an dem Wettbewerbsschutz zur Störung des Marktmechanismus kommen, ist nicht durch Beispiele erhärtet¹³³. Es ist auch nicht recht einzusehen, wieso es dem Einzelnen möglich sein soll, Ansprüche aus den §§ 25 ff GWB selbst durchzufechten, obgleich die Durchsetzung dieser Ansprüche ebenfalls in den Marktmechanismus eingreifen, und solche aus § 1 GWB nicht. Gerade der Rechtsstreit, den der BGH zu entscheiden hatte, zeigt eindeutig, daß die von Benisch befürchteten Folgen nicht eingetreten sind. Deshalb dürfte die Ansicht von Benisch kaum zutreffend sein.

Schwierig erscheinen dem Verfasser die Fragen zu sein, die sich aus dem Argument ergeben, § 1 GWB könne deshalb kein Schutzgesetz sein, weil Verträge und Beschlüsse nach § 1 GWB zum Gegenstand von Anmelde- und Erlaubnisverfahren nach den §§ 2-8 ff GWB gemacht werden können.¹³⁴

133 Benisch im Gemeinschaftskommentar, Anm. 8 ff. zu § 1 GWB.

134 vgl. zu dem Problem, U. Jansen, Kopplungsverträge, S. 128 ff.

Hier sind folgende Fallgruppen zu unterscheiden:

- a) Kartellverträge oder -beschlüsse, die weder angemeldet werden oder bei denen nicht um eine Erlaubnis nachgesucht wird, seien sie materiell freistellungsfähig oder nicht.
- b) Kartellverträge oder -beschlüsse, die sich im Anmelde- oder Erlaubnisverfahren befinden und die später freigestellt werden.
- c) Kartellverträge oder -beschlüsse, die sich im Anmelde- oder Erlaubnisverfahren befinden und die später nicht freigestellt werden.
- d) Kartellverträge oder -beschlüsse, die freigestellt sind.

Die Lösung der Fallgruppe a) ergibt sich bereits aus dem Gesetz. Gemäß § 9 Abs. 1 bzw. § 9 Abs. 2 GWB müssen Kartellverträge oder Beschlüsse, die von § 1 GWB freigestellt werden sollen, angemeldet werden bzw. es muß um eine Erlaubnis nachgesucht werden; geschieht das nicht, so verbleibt es bei der Regelung des § 1 GWB.

Das bedeutet, daß Mitbewerber Klage aus § 35 GWB in Verbindung mit § 1 GWB erheben können.

Bei der Fallgruppe b) ist zunächst festzuhalten, daß für das deutsche Kartellrecht Einigkeit¹³⁵ darüber besteht, daß die Kartelle erst nach Ablauf der Widerspruchsfrist von drei Monaten gemäß §§ 2 Abs. 2, 3 Abs. 3, 5a Abs. 3, 5b Abs. 2 GWB bzw. nach der Erteilung der Erlaubnis in den Fällen der §§ 4, 5 Abs. 2 und Abs. 3, § 6 Abs. 2, 7 und 8 GWB oder nach Anmeldung gemäß §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 GWB i.V.m. § 9 Abs. 2 GWB zivilrechtliche Wirksamkeit entfalten. Dies läßt sich zum einen mit der Wortwahl Erlaubnis im Gegensatz zur Genehmigung begründen und zum anderen mit dem Wortlaut des Gesetzes in den § 9 GWB sowie in den oben zitierten § 2 Abs. 3-5b Abs. 2 GWB.

135 Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, Anm. 148 zu § 1; Frankfurter Kommentar Tz 56 zu § 1 GWB; Müller-Glessler, Anm. 120 zu § 1; dieselben, Anm. 50 zu § 2 GWB; dies. Anm. 42 zu § 3 GWB; WuW/E LKartB 101, 102 Grauwacke II; WuW/E OLG 313 ff. Tageszeitungen.

In § 9 Abs. 2 GWB heißt es "bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Anmeldung". In § 2 Abs. 3 lautet der Gesetzestext "werden nur wirksam, wenn der Kartellbehörde innerhalb einer Frist von drei Monaten nicht widerspricht."

Dadurch hat sich das deutsche Kartellrecht den Streit erspart, der im EWG-Kartellrecht über die zivilrechtlichen Folgen der Anmeldung eines Kartells herrscht¹³⁶.

In diesem Zusammenhang ist jedoch darauf hinzuweisen, daß die Kartellmitglieder unterein-

136 Für das EWG-Kartellrecht wird zur Frage der zivilrechtlichen Folgen einer Anmeldung das gesamte nur mögliche Meinungsprisma Nichtigkeit, schwebende Unwirksamkeit, Teilwirksamkeit und schwebende Wirksamkeit vertreten.

Für Nichtigkeit:

Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, S. 264, Fußnote 22a; Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 623; unklar EUGH in NJW 73, 964 = AWD 73, 329 = WuW/E MUV/EWG 203, Brasserie de Haecht II.

Für schwebende Unwirksamkeit:

Daig, Rabelz 1971, 8 ff; Greiffenhagen, Die Kartellgenehmigung, S. 62 ff; Steindorff, JZ 64, 221 ff. (224), BB 1969, 980 ff, BB 58, 93 ff; zweifelnd aber derselbe in Rechtsschutz und Verfahren im Recht der Europäischen Gemeinschaften, S. 109 ff; Emmerich, EUR 71, 295 ff. (308), Jus 73, 639 ff. (640); Plaisant, Beiträge zum EWG-Kartellrecht, S. 131 ff. (142 ff.); v.d.Groeben/v.Boeckh, Vorbem. 17 ff. zu Art. 85 EWGV; Wohlfahrt/ Everling/Glaesner/Sprung, Anm. 11 zu Art. 85 EWGV; Weyer, BB 62, 469 ff; Schumacher, WuW 62, 475; derselbe AWD 65, 405 ff. (407); P. Ulmer, EUR 69, 344 ff. (345); derselbe AWD 70, 193 ff; Droste, NJW 62, 1933 ff. (1939); Ullrich, AWD 73, 330 ff; Koch, Schadensersatz, S. 73 ff; Koenigs, EUR 73, 289 ff. (295 ff. u. 305); BKA TB 73, S. 120; Gutzler, AWD 74, 625 ff. (628); unklar: Langen, Tz 13a E zu § 98 GWB.

Forts. Fußnote 136:

Für Teilwirksamkeit:

Mailänder, Zuständigkeit und Entscheidungsfreiheit, S. 53 ff; v.Gerven, Festschrift für Rheinsteint, Band II, S. 17; Grupp, Der Einfluß des Art. 85 EWGV, S. 19 ff, 99 ff, 129 ff; Sandberger, Die Nichtigkeit, S. 110 ff (131); Hadding, ZHW 130, 1968, 1 ff. (29 ff); Steindorff, Festschrift für Ophuls, S. 222 f; Markert, AWD 66, 41 ff, 46; Alexander, CMLR 63/64, 451; Waelbroeck, Rev. crit. dr. int. priv. 65, 160; unklar Deringer, NJW 73, a.a.O.

Für schwebende Gültigkeit:

Knöpfle, WuW 71, 81, FN 5, 86 FN 22, ders. JZ 70, 545 ff, JZ 69, 789 ff; Gleiss/Hirsch, Anm. 9 zu Art. 1 VO 17, dieselben AWD 62, 121 ff (125); Gleiss/Hootz, AWD 65, 337 ff; Gleiss/Helm, NJW 71, 297 ff (298); Deringer, Das Kartellrecht des EWG-Vertrages, S. 7 ff; ders., Anm. 56 ff zu Art. 85, Abs. 2 EWGV, AWD 69, 327 ff; Wilmanns, Die Gültigkeit von Kartellen, S. 69; Niederleithinger, AWD 65, 61 ff; Beier, GRUR A I T 64, 84 ff; v. Gamm, Das Kartellrecht der EWG, 2. Aufl., S. 71 ff; anders aber noch v. Gamm a.a.O., 1. Aufl., S. 31 ff: schwebende Unwirksamkeit; Rasch-Westrick, Anm. 2 zu VO 17; Spormann, WuW 70, 459 ff; Nass, DVBl 70, 209 ff; Scholz, WRP 1964, 264 ff (265 f u. 273); Hadding, WuW 65, 371 ff; Ullrich, Das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 192 m.w.Nachw.; Goldmann, Droit Commercial Europeen; Tz 347 ff; zweifelnd: Müller-Giessler, Anm. 14, Anhang 3, Kommentar II; Menges, DB 2, 661 ff (664); derselbe in NJW 63, 934 ff.

Der Streit dürfte sich aber nach der Brasserie de Haecht II-Entscheidung des EUCH NJW 74, 964 = AWD 73, 329 = WuW/E MUV/EWG 303 erledigt haben. In diesem Urteil hat der EUGH ausgesprochen, daß die Anmeldung von Neukartellen, d.h. solche Kartelle, die erst nach Inkrafttreten der VO 17 am 13.3. 1962 entstanden sind, keine aufschiebende Wirkung entfalten. Trotz des klaren Wortlautes vertritt Deringer in einer Urteilsanmerkung noch eine modifizierte vorläufige Gültigkeit, NJW 73, 963.

bereits
ander~~v~~ab Vertragsabschluß verpflichtet sind,
alles zu unterlassen, was die Freistellung ge-
fährden könnte¹³⁷.

Grundsätzlich wird auch im Fall b) ein Anspruch
auf Unterlassung bestehen. Es fragt sich aber,
ob der Wettbewerber die Entscheidung der Kar-
tellbehörde abwarten muß oder nicht.

Das angegangene Gericht hätte rechtstechnisch
die Möglichkeit, einen solchen Rechtsstreit ge-
mäß § 148 ZPO auszusetzen, um die Entscheidung
der Verwaltungsbehörde, hier die Kartellbehörde,
abzuwarten.

Eine andere Entscheidung hält der Verfasser für
systemwidrig, weil sonst entgegen dem Grundsatz
der Gewaltenteilung das Gericht eine Entschei-
dung treffen würde, die nach dem GWB nur dem Kar-
tellamt zusteht.

Andernfalls würde ein verfassungswidriger Ein-
griff nach Art. 20 GG vorliegen.

deshalb

Der Wettbewerber ist~~v~~in diesem Fall darauf ange-
wiesen, die Entscheidung der Kartellbehörde
abzuwarten. Für den Fall, daß das Kartell be-

137 h.M. vgl. Müller-Giessler, Stand Oktober
1974, Anm. 120 zu § 1 GWB; Baumbach-Hefer-
mehl, Anm. 60 zu § 1; Frankfurter Kommen-
tar, § 1, Tz 59; Rasch-Westrick, Anm. 60
zu § 1; Müller-Henneberg im Gemeinschafts-
kommentar, Anm. 144 zu § 1 GWB.

reits in der Schwebezeit praktiziert werden sollte, könnte er aber Unterlassung oder Schadensersatz gemäß § 1 GWB i.V.m. § 38 Abs. 1 Ziff. 1 GWB verlangen¹³⁸.

Im Ausgangsfall b) müßte der Wettbewerber dann nach der Freistellung die Hauptsache für erledigt erklären gemäß § 91a ZPO, um eine Klageabweisung zu vermeiden.

Ein anderes Problem ist, was zu geschehen hat, wenn der Wettbewerber mit der Entscheidung der Kartellbehörde nicht einverstanden ist und etwas dagegen unternehmen will. In diesem Fall wird der Zivilrechtsstreit bis zur Entscheidung über das Verfahren gegen die Behörde weiter auszusetzen sein. Darauf wird im nächsten Kapitel noch einzugehen sein.

Der Fall c) läßt sich wie Fall b) lösen, das Gericht setzt den Rechtsstreit aus bis zur Entscheidung der Behörde, nur wird der Kläger nach Ablehnung der Freistellung seinen Klageanspruch weiter verfolgen.

Bei dem Beispiel d) ist der Wettbewerber gezwungen, auf eine zivilrechtliche Klage zu verzichten, da das Verhalten des Kartells gerade im Einklang mit dem Gesetz steht; er ist wie im Fall b) auf einen Rechtsstreit gegen die Behörde angewiesen, soweit dieser Aussicht auf Erfolg hat.

¹³⁸ Zur Schutzgesetzeigenschaft von § 38, Abs. 1 Ziff. 1 GWB vgl. unten.

Danach ist nachgewiesen, daß die Freistellungsmöglichkeit von § 1 GWB der Schutzgesetzzeigenschaft nicht entgegensteht. Daraus ergibt sich, daß der Rechtsprechung des BGH, wenn auch mit anderer Begründung, zuzustimmen ist.

In der Literatur¹³⁹ ist es allgemein üblich, die potentiellen Anspruchsinhaber eines Schutzgesetzes aufzuzeigen und einzugrenzen. Der Verfasser hält dies für bedenklich. Die denkbaren Fallgestaltungen sind zu vielfältig, als daß bereits vorher alle Möglichkeiten bedacht werden können. Es ist deshalb nicht möglich, sämtliche Anspruchsinhaber bereits im voraus zu erkennen und einzukreisen.

139 vgl. statt vieler Clodius a.a.O., S. 116 ff.

Diese Tatsache hat auch der BGH vor Augen, wenn er sich in seinem Urteil zu § 1 GWB nicht festlegt, sondern eine Einzelfallentscheidung vorzieht¹⁴⁰.

Es müßte deshalb ein allgemeines Kriterium gefunden werden, das sämtliche denkbaren Möglichkeiten erfaßt.

Auszugehen ist dabei von den zwei Ansprüchen des § 35 GWB: Schadensersatz und Unterlassung.

Der vorbeugende Unterlassungsanspruch¹⁴¹ soll in aller Regel den Eintritt eines Schadens von vornherein verhindern.

Der Verfasser will deshalb den Kreis der Schutzberechtigten in der Weise definieren, daß jeder Konkurrent den Anspruch nach § 1 GWB geltend machen kann, der in seiner Rechtsposition durch das Kartell in der Weise betroffen werden kann, daß ihm adäquat kausal daraus ein Schaden erwachsen könnte (Unterlassungsanspruch)¹⁴² oder

¹⁴⁰ BGH, NJW 1975, 1225.

¹⁴¹ vgl. FN. 131.

¹⁴² Nach der im Wettbewerbsrecht herrschenden Rechtsauffassung ist Verschulden nicht Voraussetzung der wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsklage, Benisch im Gemeinschaftskommentar, Anm. 28 zu § 35; Reimer, Kap. 74, Anm. 8, BGH in WuW/E 197 + 288.

dem durch das Kartell adäquat kausal ein Schaden entstanden ist (Schadensersatzanspruch)¹⁴³.

Diese Definition ist so allgemein, daß sie m.E. nach bei allen Schutzgesetzen des GWB Anwendung finden kann.

Als Ergebnis bleibt somit festzuhalten, daß Konkurrenten Rechte aus § 1 GWB als Schutzgesetz i.V.m. § 35 GWB herleiten können.

2) § 15 GWB

Die Untersuchung der Rechtsprechung und der Literatur zu § 15 GWB zeigt ein der Situation bei § 1 GWB vergleichbares Bild.

Einige Verfasser¹⁴⁴ lehnen die Möglichkeit eines Schutzgesetzes überhaupt ab, andere¹⁴⁵

¹⁴³ Benisch, Gemeinschaftskommentar, Anm. 2 u. 19 zu § 35, nimmt ebenfalls eine so weite Begriffsbestimmung vor, benutzt diese aber, um sein Argument von der Störung des Marktmechanismus zu untermauern, vgl. Fußnote 122 u. 131.

¹⁴⁴ Leo, WuW 59, 492; Benisch WuW 59, 13, ders. im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., Rdn. 6 zu § 35 GWB, 3. Aufl. Rdn. 15 zu § 35 GWB, anders noch 1. Aufl. Rdn. 5 zu § 35 GWB; Frankfurter Kommentar Tz 29 f; Rasch-Westrick, Anm. 4 zu § 35; Hohn, Zivilrechtliche Folgen, S. 103 ff.

¹⁴⁵ Hefermehl, Anm. 8 zu § 35 GWB, ders. in Anm. zur Entscheidung des BGH v. 8.10.1958 "4711", GRUR 1959, 627; Müller-Gries-Giessler, Anm. 13 zu § 35 GWB; Bezzenger, WRP 56, 209; Willemer, GWB-Einwendungen gegen UWG-Ansprüche, 1975, S. 159 mit m.E. unzutreffender Würdigung der Rechtsprechung, a.a.O. FN 2; unklar Langen, Anm. 5, zu § 35 GWB; Benisch, 3. Aufl. a.a.O. meint allerdings, Langen wollte zum Ausdruck bringen, daß nach Lage des Falles zu entscheiden sei.

meinen, § 15 GWB sei lediglich in Verbindung mit § 38 Abs. 1, Ziff. 1 GWB ein Schutzgesetz; es findet sich auch die Ansicht¹⁴⁶, daß § 15 GWB allein ein Schutzgesetz sein könne, schließlich wird auch ausgehend von den Schutzberechtigten eine vermittelnde Auffassung¹⁴⁷ vertreten.

Die Rechtsprechung¹⁴⁸ hat sich erst dreimal, soweit ersichtlich, mit diesem Problem befassen müssen. In diesen Entscheidungen wird § 15 GWB für sich allein als Schutzgesetz aufgefaßt¹⁴⁸.

An einer der Entscheidungen - dem sogenannten "4711"-Urteil - wird unter anderem auch von Benisch¹⁴⁹ Kritik geübt.

Er führt aus, daß der BGH den Schaden der gesetzestreuen Hersteller darin erblickt habe, daß der "gesetzesuntreue Preisbinder sich mit der einheitlich gelenkten Preiswerbung die Be-

¹⁴⁶ Seydel, NJW 57, 1301; Menzel DB 59, 507; Lutz, NJW 58, 129; Benisch-Hefermehl a.a.O. und Bezzenberger a.a.O., dies erscheint dem Verfasser jedoch unzutreffend.

¹⁴⁷ Schwartz im Gemeinschaftskommentar, Anm. 48 zu § 15: § 15 GWB sei weder für sich allein, noch in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Ziff. 1 GWB ein Schutzgesetz. "Dagegen sei die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen, daß gemäß § 35 Abs. 2 Verbände in Geltendmachung der Interessen der von Beschränkungen i.S. des § 15 Betroffenen auf Unterlassung klagen können."

¹⁴⁸ U/BGH, 8.10.1958, WuW 259 "4711"; B/BGH, 4.3.1965, WuW 946 "Blitztrenner", insoweit jedoch nicht abgedruckt; B/LG Mannheim, 27.1.1971, WuW 182 "Eiernudeln".

¹⁴⁹ Benisch, Gemeinschaftskommentar, 3. Aufl., Anm. 15 zu § 35.

liebtheit bei Händlern und Verbrauchern sichert, ohne die Nachteile der behördlichen Aufsicht auf sich zu nehmen. Es erscheint indessen problematisch, eine gesetzlich vorgeschriebene Unterwerfung unter eine Verwaltungsaufsicht als Schädigung anzusprechen."¹⁴⁹

Den Bedenken von Benisch wäre zuzustimmen, wenn der BGH tatsächlich seine Entscheidung so begründet hätte.

Der BGH hat aber tatsächlich erklärt: "... diese Hersteller...., die keine Preisbindungen vereinbaren...., können eine dem Gesetz zuwider laufende Schädigung in ihrem Wettbewerb erleiden, wenn dritte Hersteller für gleichartige Waren entgegen dem Gesetz nicht angemeldete Preisbindungen vereinbaren..."¹⁵⁰.

Der BGH hat somit den Schaden nicht in der fehlenden Unterwerfung unter die Verwaltungsaufsicht gesehen, sondern darin, daß der Konkurrent, der entgegen den Bestimmungen seine Preispolitik nicht aufdeckt, gegenüber gesetzestreuen Unternehmen einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorsprung erlangen kann.

Die Gegenauffassung zur Rechtsprechung wird im übrigen wie bei § 1 GWB mit dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte und dem Gedanken begründet, Klagen Dritter würden den Marktmechanismus stören¹⁵¹.

Diejenigen¹⁵², die § 15 GWB allein oder in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Ziff. 1 für ein Schutzgesetz halten, begründen dies ebenfalls mit dem Wortlaut.

¹⁵⁰ BGH, WuW/E 259.

¹⁵¹ vgl. die Angaben bei FN. 144 + 147.

¹⁵² vgl. die Angaben bei FN. 145 + 146.

Nach dem Wortlaut der Norm haben bestimmte Vereinbarungen keine zivilrechtliche Gültigkeit, sondern sind nichtig, wenn die Freiheit der anderen Vertragspartner bei einigen Wettbewerbsparametern wie Preis und Geschäftsbedingungen bei Folgeverträgen mit Dritten beschränkt wird.

Im Gegensatz zu § 1 GWB ist bei dieser Vorschrift eindeutig von der Freiheit des Vertragspartners die Rede und als Folge des Verstoßes ist nicht nur "Unwirksamkeit" sondern "Nichtigkeit" vorgesehen.

Dies spricht für die Annahme eines Schutzgesetzes zu Gunsten des Vertragspartners und derjenigen Dritten, die mit ihm Verträge abschließen.

Die systematische Auslegung gibt keine Antwort auf die Ausgangsfrage, da § 15 GWB nicht im Zusammenhang mit anerkannten Schutzgesetzen steht.

Die Heranziehung des § 18 GWB, insbesondere der dort bestehende Meinungsstreit¹⁵³, würde das Problem nur verlagern.

153 Rechtsprechung zur Frage, ob § 18 GWB ein Schutzgesetz ist, gibt es, soweit ersichtlich, noch nicht.

Für die Schutzgesetzseigenschaft des § 18 GWB:

Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, S. 217 ff, U. Jansen, Kopplungsverträge, S. 123 ff, E. Koch, Schadensersatz, S. 19 f., 67 f, R. Liebs, Wettbewerbsbeschränkende Vertriebsverträge und unerlaubte Handlung, S. 57 ff., 71 ff.

Gegen die Schutzgesetzseigenschaft des § 18 GWB:

Benisch, Gemeinschaftskommentar, Anm. 16 zu § 35 GWB unter Berufung auf U/BGH, 20. 10. 1959, WuW/E 342 ff. "Bierhaus", jedoch zu Unrecht, da sich der BGH a.a.O. nicht mit dem Problem befaßt, Leo, WuW 1959, 489, Müller-Gries-Giessler, Rdn 14 zu § 35 GWB, Hefermehl, Anm. 6 zu § 35 GWB, Gleiss-Kracht NJW 59, 971, Rasch-Westrick, Anm. 4 zu § 35 GWB, Frankfurter Kommentar, Tz 33, zweifelnd Langen, Anm. 6 zu § 35 GWB.

Bei teleologischer Auslegung ist zu bedenken, daß die Freiheit des Vertragspartners bereits hinlänglich dadurch geschützt ist, daß dem abgeschlossenen Vertrag keine zivilrechtlichen Wirkungen zukommen. Wenn er dennoch den Vertrag befolgt, kann er hinterher keine Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüche geltend machen¹⁵⁴. Somit kann die Verwendung des Wortes Freiheit bei der Auslegung keine Bedeutung haben. Damit scheidet der Vertragspartner als mögliches Schutzobjekt des § 15 GWB aus.

Anspruchsinhaber können dagegen die Abnehmer des Gebundenen sein und die Mitbewerber des Bindenden.

Folgender Beispielfall mag dies verdeutlichen: Der Produzent X schreibt seinen Händlern A - M bestimmte Preise vor, die sie bei ihren Kunden N - Z zu nehmen haben. Die Händler sind bereit, diese Preise zu verlangen, weil sie wissen, daß kein anderer Abnehmer des Produzenten X diese Preise unterbieten wird und sie somit, da kein Wettbewerb vorhanden ist, einen sicheren Gewinn zu einer bestimmten Spanne haben. Weiterhin entfällt kostensparend noch die Kalkulation. Ein Konkurrent des X, der Produzent Y, mit gleichwertigen Waren, findet, nachdem diese Absprache praktiziert wird, weniger Abnehmer und erleidet eine Umsatzeinbuße, die Kunden N - Z zahlen höhere Preise als erforderlich.

Daraus ergibt sich, daß die Kunden N - Z einen Schaden haben, weil sie höhere Preise zahlen. Der Konkurrent Y hat einen Schaden, weil er weniger Ware absetzen kann als sein Konkurrent X, der die verbotene Absprache praktiziert.

¹⁵⁴ h. M. vgl. statt vieler Schwartz u. Benisch im Gemeinschaftscommentar a.a.O.

Folglich werden sowohl die Kunden des Gebundenen als auch die Konkurrenten des Binders bei Beachtung des § 15 GWB geschützt. Sie sind auch im Gegensatz zu dem Gebundenen schutzwürdig, weil sie mit der Handlungsweise des Binders nicht einverstanden sind.

Es fragt sich nun, ob dieses Ergebnis ein Reflex des Schutzes der Institution Wettbewerb ist - so die Gegenansicht¹⁵⁵. -

Den Kurzprotokollen des Ausschusses für Wirtschaftspolitik¹⁵⁶ kann man entnehmen, daß Einigkeit darüber herrschte, daß im Grundgesetz die im heutigen § 15 GWB bezeichneten Verträge verboten sein sollten, das Interesse aber in erster Linie auf die Ausnahmevorschriften, wie die Preisbindung für Markenartikel, gerichtet war. In der Einzelbegründung zu § 10, heute § 15 GWB, werden Beispiele erwähnt, die sich mit den möglichen Bindungen des Käufers beschäftigen.¹⁵⁷

Mit dem Käufer ist hier jedoch nicht der Abnehmer des Gebundenen gemeint, sondern der Gebundene selbst. Mithin läßt sich wie bei § 1 nicht feststellen, daß ein Schutzzweck vorrangig sein sollte.

Deshalb ist § 15 GWB ein Schutzgesetz zu Gunsten der Wettbewerber des Bindenden als auch der Abnehmer der Gebundenen.

Diese Marktteilnehmer können nach der obigen Definition als Konkurrenten zusammengefaßt werden.

155 vgl. die Angaben bei FN 144 + 147.

156 Protokoll 68, 92-96, 106, 155, 156, 163, 196.

157 Anlage 1 zu BT-Drucksache 1158, abgedruckt bei Müller-Henneberg, a.a.O. S. 1084.

Unter Hinweis auf § 1 GWB vertritt der Verfasser ferner die Auffassung, daß dem Konkurrenten auch bereits vorher, ehe der Wettbewerber tätig wird, die Möglichkeit gegeben werden muß, eine vorbeugende Unterlassungsklage zu erheben.

Die Meinung¹⁵⁸, wonach erst die verbotene Absprache im Sinne von § 38 Abs. 1 Ziff. 1 praktiziert werden muß, um einen Anspruch nach § 35 GWB auszulöschen, ist abzulehnen.

Es besteht kein Grund, von der Auffassung, die bereits bei § 1 GWB gefunden wurde, abzuweichen.

§ 15 GWB ist somit Schutzgesetz im Sinne von § 35 GWB.

158 vgl. die Angaben bei FN. 145.

3) § 22 GWB

Die Aussage von der Rechtsprechung¹⁵⁹ und Literatur¹⁶⁰ zur Schutzgesetzeigenschaft von § 22 GWB ist nicht einheitlich. Die Rechtsprechung¹⁶¹, nicht zuletzt auch der BGH¹⁶² in der Strombezugspreis-Entscheidung, steht mit einer Ausnahme¹⁶³ auf dem Standpunkt, daß § 22 GWB kein Schutzgesetz sei^{163a}.

Der BGH begründet seine Ansicht wie folgt:
"Vielmehr bedarf es einer Prüfung im Einzelfall, ob die fragliche Norm neben ihrer Verfolgung der Allgemeininteressen nicht nur als deren bloßer Reflex oder mittelbar über eine zugunsten eines Betroffenen wirkende Mißbrauchsver-

159 U/LG Köln, 28.8.1968, WuW 305 "Kalkstickstoff", unveröffentlicht U/LG Hanau, 16.6.1969, 30 237/68, U/OLG Frankfurt 21.7.1970, WuW 1198 "Stromversorgung für US-Streitkräfte", aufgehoben durch U/BGH 16.6.1971, WuW 1192, aber nicht wegen der Auffassung zu § 22 GWB, U/BGH, 22.10.1973, WuW 1299 "Strombezugspreis", NJW 1974, 901 ff, offengelassen in B/OLG Celle, 21.2.1973, "Bauleitplan", WuW, 1387 ff, 1391.

160 Zustimmung hinsichtlich der Rechtsprechung vgl. statt vieler: Fischerhof, Anm. zu U/BGH, 22.10.1973, in NJW 74, 1556 ff, Ablehnung bei Emmerich, Anm. zu U/BGH, 22.10.1973, in NJW 1974, 902 ff, Möschel, NJW 75, 753 ff, 757.

161 vgl. FN 159.

162 U/BGH, 22.10.1973, WuW 1299 "Strombezugspreis", NJW 1974, 901 ff.

163 U/LG Hanau, 16.6.1969, 30 237/68, unveröffentlicht.

163a offengelassen B/KG, 12.1.1976, NJW 1976, 808 ff, 807.

fügung der Kartellbehörde (s. § 35 Abs. 1 GWB), sondern unmittelbar auch den Schutz von Individualinteressen mit der Folge einer echten Anspruchsgewährung (nach § 35 GWB) bezweckt (etwas anderes besagt auch nicht die Sanifaz-Entscheidung a.a.O.). Einen solch unmittelbaren Schutz von Individualinteressen hat aber die Bestimmung des § 22 GWB nicht zum Ziel. Sie enthält kein Gebot oder Verbot, das unmittelbar zugunsten der von einem mißbräuchlichen Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens Betroffenen wirken könnte - sie gewährt keine unmittelbaren Ansprüche zugunsten der Betroffenen." ¹⁶⁴

Wer diese Zeilen der Entscheidungsgründe liest, muß als unbefangener Beobachter den Eindruck gewinnen, daß die Frage, die der BGH mit einem Satz, nachdem er die Definition des Schutzgesetzes gebracht hat, entschieden hat, die eindeutige Meinung auch in der Literatur sei. Zitate für eine zustimmende oder abweichende Literaturansicht sind jedenfalls nicht angeführt.

Tatsächlich handelt es sich jedoch um einen Meinungsstreit in der Literatur, der immer noch ausgefochten wird.

¹⁶⁴ BGH a.a.O., S. 902.

Die Vertreter der noch herrschenden Meinung¹⁶⁵ sind mit dem BGH der Auffassung, daß § 22 GWB kein Schutzgesetz sei, lediglich Mißbrauchsverfügungen gegen marktbeherrschende Unternehmen, sofern sie dem Unternehmen ein bestimmtes Verhalten erkennbar im Interesse bestimmter Personen oder einer bestimmten Gruppe von Personen untersagen, könnten Schutzverfügungen im Sinne von § 35 GWB sein¹⁶⁶.

Zur Begründung wird dabei auf den Wortlaut und die Gesetzesmaterialien abgestellt¹⁶⁷.

Im übrigen argumentiert man, § 22 GWB sei als Schutzgesetz überflüssig, die §§ 25 ff. GWB reichten aus, um den Schutz des

165 Benisch im Gemeinschaftskommentar, 3. Aufl. Anm. 16 zu § 35 m.w.Nachw. Frankfurter Kommentar Tz 37 zu § 35; Rasch-Westrick, Anm. 5 zu § 35; Langen, Anm. 4 zu § 35, die von Langen zitierte Belegentscheidung des OLG Celle ist ein Fehlzitat; Baumbach-Hefermehl, Rdn 8 zu § 35; Leo, WuW 1959, 493; Rittner, WuW 1969, 65 ff. (72); Müller-Gries-Giessler, Rdn 16 zu § 35; anders noch dies. in der Voraufgabe, Rdn. 4 zu § 35; Fischerhof, NJW 74, 1556 ff; Goll, "Ist § 22 GWB zur Umwandlung in ein Schutzgesetz geeignet"? Referat anlässlich der Tagung der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. am 16.10.1975, S. 19 ff; unklar Willemer, GWB-Einwendungen gegen UWG-Ansprüche, 1975, S. 171, einerseits und S. 172 andererseits.

166 Benisch a.a.O., Anm. 6 zu § 35; Frankfurter Kommentar a.a.O.; Rasch-Westrick a.a.O.; Müller-Gries-Giessler a.a.O.; Leo a.a.O.; a.A. Bezzenberger, WRP 56, 209, Schramm/Klaka, WRP 58, 77, die alle Verfügungen nach § 22 Abs. 5 GWB als Schutzverfügungen ansehen.

167 vgl. die Nachw. bei den FN 165 + 166.

Konkurrenten zu gewährleisten¹⁶⁸. Außerdem würde eine mögliche Zweigleisigkeit zwischen Zivilrechtsweg nach § 35 GWB und Verwaltungsrecht durch Verfügungen der Behörde in das kartellrechtliche Chaos führen¹⁶⁹.

Die Vertreter¹⁷⁰ der Mindermeinung begründen ihre Auffassung damit, daß es nicht auf den Wortlaut einer Vorschrift ankäme, sondern allein auf deren materiellen Gehalt¹⁷¹.

168 Goll a.a.O.

169 Rittner, WuW 69, 65 ff.

170 Mestmäcker, DB 1968, 787 ff, 825=Acp 168, 235 ff; Koch, Schadensersatz bei unerlaubten Handlungen, wettbewerbsbeschränkenden Handlungen nach deutschem und europäischem Recht, S. 67 f, S. 121 ff; Jansen, Die Koppelungsverträge im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1968, S. 131; P. Beckmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im GWB, 1968, S. 72 ff; Clodius, Die Mißbrauchsbestimmungen des GWB als Schutzgesetze, 1968, S. 147 ff; Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, 1969, S. 336 ff, ders. NJW 74, 902 ff; Müschel, NJW 75, 753 ff, 757; Fikentscher, Festschrift für Hefermehl, Vertrag und wirtschaftliche Macht, S. 41 ff, 56; H.U. Müller, Ist § 22 GWB zur Umwandlung in ein Schutzgesetz geeignet?, Coreferat zu Goll, anlässlich der Tagung der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. am 16.10.1975, demnächst veröffentlicht in FIW-Schriftenreihe; vgl. auch Sondergutachten 1 der Monopolkommission, Baden-Baden 1975, Anm. 65 ff; zur älteren Literatur: Bezenberger, WRP 56, 209 ff; Schramm / Klaka, WRP 58, 77, ohne nähere Begründung für ihre Ansicht, die jedoch bei Müller-Gries-Giessler fälschlich als Vertreter der h.M. zitiert werden.

171 z.B. Jansen a.a.O., S. 124 ff.

Danach stehe fest, daß § 22 Abs. 4 GWB jedenfalls ein Verbot bestimmter Verhaltensweisen enthalte. Schließlich ergebe sich dies auch aus der Aufgabe des Mißbrauchsverbots, u. a. die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit Dritter im Einflußbereich der marktbeherrschenden Unternehmen zu schützen¹⁷².

Im übrigen würde die Rechtsprechung, wie dies die Sanifa-Entscheidung¹⁷³ gezeigt habe, auch in diese Richtung tendieren¹⁷⁴. Das letzte Argument erscheint dem Verfasser, nach der "Strombezugspreis-Entscheidung" des BGH, überholt.

Allerdings kann schon vorab zu dieser Entscheidung gesagt werden, daß die Begründung des BGH unvollständig¹⁷⁵ ausgefallen ist. Der BGH hatte schließlich in der "4711-Entscheidung"¹⁷⁶ noch selbst die Bedeutung des Wortlautes mit der Begründung herabgespielt, es sei nur eine Frage der Methode gewesen, bei rechtsgeschäftlichen Vorgängen an die zivilrechtliche Wirksamkeit anzuknüpfen und bei

172 Dies wird auch von Vertretern der Gegenmeinung eingeräumt, vgl. Willemer, GWB-Einwendungen gegen UWG-Ansprüche, 1975, S. 59 m.w.Nachw., Müller-Gries-Giessler, Anm. 39 ff. zu § 35.

173 U/BGH, 25.2.1959, Sanifa-Großhändlerverband II, WuW 288=BGHZ 29, 344 ff.

174 Argumentationskette nach Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 336 ff. m.w.Nachw.

175 Möschel, NJW 75, 757.

176 U/BGH v. 8.10.1958, WuW/E 253 "4711".

rein tatsächlichen wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen an Gebote oder Verbote.

Von einer in sich geschlossenen Rechtsprechung kann also keine Rede sein.

Bei verbaler Auslegung des § 22 GWB ergibt sich, daß die Behörde einschreiten kann. Das Wort "kann" signalisiert ein Ermessen der Behörde. Dieses Ermessen ist jedoch nicht grenzenlos, sondern an die Verfassung gebunden sowie kraft positiven Verfassungsrechtes (Art. 20 Abs. 3 GG) auch an die konkret geltenden Spezialgesetze¹⁷⁷.

Im Einzelfall kann es zu einer Ermessensreduzierung auf Null kommen, d.h. nur eine einzige Entscheidung der Behörde, nämlich einen Mißbrauch zu verbieten, ist rechtmäßig und die Behörde müßte eine Schutzverfügung erlassen¹⁷⁸. Die Behörde hat dann einzuschreiten. Bei einer solchen Fallkonstellation müßte der Konkurrent auch nach h.M. einen Anspruch aus § 35 GWB i.V.m. § 22 GWB haben.

177 vgl. statt vieler Clodius a.a.O. m.w.Nachw. zum Begriff des Ermessens Wolff I, § 31 II a; Bayr VGH 7, 962; Obermayer, NJW 1963, 1177; Kellner, NJW 1966, 861/2; Forsthoff, § 5 I, S. 80.

178 Wolff I, § 31 IIe 2; BVerwGE 11, 97; OVG Lüneburg, DOV 1963, 769; Menger-Erichsen, VerwArch 1967, 179.

Dies ergibt sich daraus, daß nach h.M. Schutzverfügungen Ansprüche nach § 35 GWB nach sich ziehen können¹⁷⁹.

Die Vertreter dieser Ansicht müßten deshalb nach ihrer eigenen Begründung ihre Ansicht revidieren und einräumen, daß § 22 GWB von Fall zu Fall ein Schutzgesetz sein kann.

Die teleologische Auslegung des § 22 GWB bereitet Schwierigkeiten, weil Sinn und Zweck der Mißbrauchsaufsicht in gleicher Weise umstritten sind wie das Schutzgut des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

Dabei läßt sich feststellen, daß von Zivilrechtlern die Mißbrauchsaufsicht als Funktionsschutz privatrechtlicher Institutionen verstanden wird¹⁸⁰.

Demgegenüber betonen Öffentlichrechtler den interventionistischen wirtschaftslenkenden Charakter der Mißbrauchsaufsicht¹⁸¹.

179 vgl. Nachw. bei FN 166.

180 Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in Summum jus - summa iniuria, S. 165 ff; Bartholomeyczik, AcP 166, 30 ff, S. 68 f; Mestmäcker AcP 168, 235 ff, 238, 242; = DB a.a.O.; Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S. 311 ff.

181 Scheuner, VVDStRL 11, 1 ff; VVDStRL 11, 75 ff; VVDStRL 22, 264 ff; Stein, Wirtschaftsaufsicht, S. 88 ff; ebenso die Rechtsprechung, B/OLG Stuttgart, 3.11.1967, 2 Kart 3/67; B/BGH, 14.11.1968, "Lufttaxi", WuW 1171; B/BKART A, 26.4.1960, "Städtereklame", WuW 196; B/BKART A, 22.4.1960, "Mykawerbung", WuW 320.

Durch diese Trennung sind auch bereits die Weichen für die Entscheidung bei § 22 GWB gestellt. Jemand, der eine öffentlichrechtliche Betrachtungsweise zugrundelegt, wird schwerlich annehmen können, daß § 22 GWB ein Schutzgesetz sein kann.

Baur¹⁸² hat umfassend nachgewiesen, daß keine Auffassung allein Geltung beanspruchen kann. Danach liegt der Mißbrauchsaufsicht ein dualistisches System zu Grunde, bei dem zum einen die Interessen schwächerer Marktpartner gegenüber rücksichtsloser Machtausübung geschützt werden und zum anderen dafür gesorgt wird, daß die vom Gesetz angestrebten gesamtwirtschaftlichen Belange ebenfalls verwirklicht werden^{183, 184}.

Ein Vorzug der Meinung von Baur liegt darin, daß die Einseitigkeit der anderen Auffassungen vermieden wird, bei der die Doppelfunktion der Mißbrauchsaufsicht geleugnet wird¹⁸⁴.

182 J. Baur, Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, 1972, S. 57 ff.

183 J. Baur, a.a.O., S. 77.

184 vgl. auch zur Theorie vom doppelten Schutzzweck des GWB: Bolenius, Wirtschaftsstrafrechtliche Normen im Wettbewerbs- und Kartellrecht, Tübingen 1972, 18 ff; Schluop, Vom lautereren zum freien Wettbewerb, Festschrift für Eugen Ulmer, S. 448; Schwartz Zur Kartellamtspraxis und Rechtsprechung bei Austauschverträgen im Sinne der §§ 15-18 GWB, Festschrift für Eugen Ulmer, S. 500; Willemer, GWB-Einwendungen gegen UWG-Ansprüche, S. 49 ff. BKA TB, 58, 7 ff; 59, 7; 61, 7; 65, 11.

Da sich keine überzeugenden Argumente gegen die Ansicht von Baur finden lassen, sieht der Verfasser keine Veranlassung, ihr nicht zu folgen.

Danach ergibt sich bei teleologischer Auslegung, daß auch der Konkurrent durch § 22 GWB geschützt werden soll.

Die systematische Auslegung gibt für die Entscheidung des Problems nichts her. Zum einen steht § 22 GWB zwar in der Nähe der Schutzgesetze der §§ 25 ff. GWB, zum anderen sind aber die Abschnitte mit verschiedenen Überschriften versehen. Bei § 22 GWB heißt es "Marktbeherrschende Unternehmen" und bei §§ 25 ff. GWB "Wettbewerbsbeschränkendes und diskriminierendes Verhalten".

Die historische Auslegung ergibt aus Kurzprotokoll 98 Anlage II, daß auf Betreiben des Abgeordneten Illerhaus ursprünglich ein Antragsrecht betroffener Dritter installiert werden sollte. Dazu ist es aber wegen des Widerstandes der anderen Ausschußmitglieder nicht gekommen.

Die Erwägung war dabei, die Behörde, die doch nicht jeden Fall des Mißbrauchs feststellen könnte, von Untätigkeitsklagen Dritter freizuhalten¹⁸⁵.

In der Einzelbegründung¹⁸⁶ zu § 22 GWB - damals § 17 - heißt es: ~

185 vgl. Kurzprotokoll 98 des Ausschusses für Wirtschaftspolitik.

186 BT-Drucksache 1158, Anlage 1, abgedruckt Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., S. 1093.

"Handelt das Unternehmen den Verfügungen zuwider, so können Dritte nach § 28 - (heute § 35 GWB) - Schadensersatzansprüche geltend machen."¹⁸⁶ Aus dieser Anmerkung könnte man schließen, daß der Gesetzgeber nur der Verfügung nach § 22 GWB Schutzcharakter beimessen wollte. Dieses Argument ist jedoch nicht zwingend, weil sich aus der Begründung zu § 35 GWB ergibt, daß man sämtliche Vorschriften, die Schutzgesetze sein könnten, noch nicht bedacht hatte¹⁸⁷.

Aus den Änderungsvorschlägen des Bundesrates kann man entnehmen, daß eine ähnliche Verschärfung, wie sie der Abgeordnete Illerhaus geplant hatte, vorgesehen war¹⁸⁸. Dieser Vorschlag ist dann aus Gründen, die hier nicht interessieren, gescheitert¹⁸⁹. Der Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik gibt ebenfalls nicht anderes her¹⁹⁰.

Danach sprechen die Gesetzesmaterialien nicht gegen die Annahme der bezweckten Begünstigung der Konkurrenten, vielmehr hat man damals schon die Möglichkeit gesehen, daß die Behörde allein nicht in der Lage sein wird, des Mißbrauches der Marktbeherrschung Herr zu werden¹⁹¹.

187 Gemeinschaftskommentar a.a.O.

188 Gemeinschaftskommentar a.a.O., S. 1134.

189 Gemeinschaftskommentar a.a.O., S. 1150.

190 Gemeinschaftskommentar a.a.O., S. 1189.

191 vgl. Kurzprotokoll 98 des Wirtschaftspolitischen Ausschusses.

Somit ergibt die Auslegung, daß § 22 GWB ein Schutzgesetz im Sinne von § 35 GWB ist.

Nun meinen die Vertreter der herrschenden Meinung, daß der Schutz der §§ 25 ff GWB für den Konkurrenten völlig ausreichen würde, § 22 GWB als Schutzgesetz sei überflüssig¹⁹².

§ 22 GWB setzt als Tatbestandsmerkmale die Existenz eines marktbeherrschenden Unternehmens nach den §§ 22 Abs. 1-3 GWB und den Mißbrauch der Marktmacht. Mißbrauch i.S.v. § 22 GWB ist nach herrschender Meinung ein Verhalten, welches eine mit dem Gesetzeszweck nicht zu vereinbarende Ausnützung einer Marktposition bedeutet¹⁹³.

Demgegenüber fällt bei einem Vergleich mit den Vorschriften §§ 25 Abs. 2 und Abs. 3, sowie 26 Abs. 1 und Abs. 2 GWB auf, daß diese erhöhte und spezielle Voraussetzungen im Gegensatz zu § 22 GWB verlangen¹⁹⁴.

192 vgl. FN 168.

193 vgl. statt vieler die umfassende Darstellung bei J. Baur, Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, S. 82 ff m.w.Nachw.

194 § 25 Abs. 2 + 3 GWB:
(2) Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen anderen Unternehmen keine Nachteile androhen oder zufügen und keine Vorteile versprechen oder gewähren, um sie zu einem Verhalten zu veranlassen, das nach diesem Gesetz oder nach einer auf Grund dieses Gesetzes ergangenen Verfügung der Kartellbehörde nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf.
(3) Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen andere Unternehmen nicht zwingen,

Teilweise wird, wie z.B. in § 26 Abs. 1 GWB, eine Absicht verlangt, während der Mißbrauch objektiv feststellbar ist und nicht mit Sit-
tenwidrigkeit nach § 826 BGB zu verwechseln
ist¹⁹⁵.

1. einen Vertrag oder Beschluß im Sinne der §§ 2 bis 8, 29, 99 Abs. 2, § 100 Abs. 1 und 7, §§ 102 und 103 beizutreten oder
2. sich mit anderen Unternehmen im Sinne des § 23 zusammenzuschließen, oder
3. in der Absicht, den Wettbewerb zu beschränken, sich im Markt gleichförmig zu verhalten.

§ 26 Abs. 1 + 2 GWB:

(1) Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen nicht ein anderes Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen in der Absicht, bestimmte Wettbewerber unbillig zu beeinträchtigen, zu Liefersperren oder Bezugssperren auffordern.

(2) Marktbeherrschende Unternehmen, Vereinigungen von Unternehmen im Sinne der §§ 2 bis 8, 99 Abs. 2, § 100 Abs. 1 und 7, §§ 102 bis 103 und Unternehmen, die Preise nach den §§ 16, 100 Abs. 3 oder § 103 Abs. 1 Nr. 3 binden, dürfen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln.

Satz 1 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen, soweit von ihnen Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, daß ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen.

Die Unterstreichungen stammen vom Verfasser, um die Unterschiede zu § 22 GWB deutlich zu machen.

195 wie hier J. Baur a.a.O., die andere Auffassung klingt bei Goll a.a.O. FN 165 an.

Somit kann nicht gesagt werden, daß § 22 GWB als Schutzgesetz überflüssig ist, vielmehr ist diese Vorschrift flexibler als §§ 25 ff. GWB und stellt an den potentiellen Anspruchsinhaber geringere Anforderungen.

Das Argument, eine Zweigleisigkeit des kartellrechtlichen Schutzes durch die Behörde und Private führe ins Chaos¹⁹⁶, überzeugt nicht.

Eine Mehrgleisigkeit ist dem geltenden Recht nämlich nicht fremd, man denke nur an die Möglichkeit, bei einer Enteignung den Verwaltungsrechtsweg¹⁹⁷ oder den Zivilrechtsweg¹⁹⁸ zu beschreiten oder im Nachbarrecht Anfechtungsklage vor dem Verwaltungsgericht gegen die Baugenehmigung zu erheben sowie gleichzeitig vor dem Zivilgericht Ansprüche aus dem Nachbarrechtsgesetz¹⁹⁹ geltend zu machen.

In beiden Beispielen müssen sich unterschiedliche Gerichte mit den gleichen Rechtsfragen befassen. Zu einem Chaos ist es bisher, soweit ersichtlich, noch nicht gekommen.

Die Argumente der h.M. überzeugen somit nicht, vielmehr ist § 22 GWB als Schutzgesetz anzusehen.

196 Rittner a.a.O.

197 BVerwG 5, 145; 7, 299; DÖV 69, 432.

198 BGHZ 6, 279 ff; 45, 153; 48, 101.

199 vgl. § 50 Nachbarrechtsgesetz, v. 15.4.1969, GVNW S. 190/SGV NW 40 abgedruckt bei Hippel-Rehborn Nr. 185 m.w.Nachw. auf die Gesetzgebung der anderen Länder.

Es wäre deshalb wünschenswert, wenn der BGH durch einen entsprechenden Rechtsstreit Gelegenheit hätte, das Problem nochmals zu überdenken und zur Gegenauffassung Stellung zu nehmen.

Folgt man dem Vorschlag der Monopolkommission²⁰⁰, wonach der Gesetzgeber § 22 GWB in ein Schutzgesetz umwandeln soll, so müßte aus Gründen der äußeren Deutlichkeit der Gesetzestext modifiziert werden. Der Verfasser schlägt als novellierten § 22 Abs. 4 GWB vor:

"Marktbeherrschende Unternehmen dürfen ihre Stellung auf dem Markt für diese oder andere Waren oder gewerbliche Leistungen nicht mißbräuchlich ausnutzen."²⁰¹

4) § 25 Abs. 2 GWB

Nach der Novellierung des § 25 GWB ist nunmehr § 25 Abs. 1 zu § 25 Abs. 2 GWB geworden²⁰².

Diese Vorschrift zählt zu den Normen, deren Schutzgesetzeigenschaft in der Rechtsprechung²⁰³

200 Sondergutachten 1 der Monopolkommission, 1975, Anm. 65.

201 vgl. dazu H.U. Müller Goll a.a.O. FN. 165-170.

202 BGBI v. 4.8.1973, S. 917.

203 U/BGH, 24.6.1965, "Brotkrieg", WuW 693;
U/BGH, 10.6.1966, "Flaschenbier", WuW 757;
U/BGH, 27.9.1962, "Treuhandbüro", WuW 507,
zur Judikatur der OLG vgl. WuW 352, 708,
733, 976.

nicht und in der Literatur²⁰⁴, soweit ersichtlich, nur mit einer Ausnahme²⁰⁵ umstritten ist. Zumeist wird diese Auffassung mit dem tatsächlichen eindeutigen Wortlaut der Norm begründet^{203,204}.

Dem wäre nichts hinzuzufügen, wenn sich nicht Schmiedel²⁰⁵ gegen die herrschende Meinung wenden würde.

Er begründet seine Auffassung mit einer systematischen Auslegung des Gesetzes. Danach sei § 25 GWB lediglich eine Ergänzungsvorschrift zu den § 1 und § 15 GWB.

Daher sei auch der Schutzzweck des § 25 GWB den vorgenannten Normen zu entnehmen.

Nach herrschender Meinung sei aber weder § 1 noch § 15 GWB ein Schutzgesetz, folglich könnte dies § 25 GWB auch nicht sein.

Nach der hier vertretenen Meinung ist die Argumentation von Schmiedel zur Unterstützung der Schutzeigenschaft von § 25 GWB geeignet, da § 1 und § 15 GWB Schutzgesetze sind. Läßt man dies einmal außer acht, erscheint Schmiedels These bedenklich.

204 Benisch im Gemeinschaftskommentar, Anm. 4 zu § 35; Frankfurter Kommentar, § 35, Anm. 39; Baumbach-Hefermehl, § 25, Anm. 11 + § 35, Anm. 5; Müller-Gries-Giessler, § 35, Anm. 18; Schramm-Klaka, WRP 58, 77; Leo, WuW 59, 498; Markert, WRP 66, 330; Langen, § 35 Rdnr 6; Rasch-Westrick, § 35 Rdnr. 5; Niederleithinger, NJW 64, 1940; Sandrock, Jura Wirtschaftsrecht 1970, S. 48 ff (65) = JuS 1971, 57 ff. (61); Gutzler BB 1966, 390 ff; Belke, Geschäftsverweigerung, S. 369 ff.

205 Schmiedel, WRP 1966, 41 ff, kritisch dazu Markert a.a.O.

Es trifft zwar zu, daß § 25 II GWB eine Umgehungsnorm unter anderem zu den §§ 1 und 15 GWB ist. Dennoch kann der Schutzzweck des § 25 II GWB nicht allein diesen Normen entnommen werden. Dabei würde übersehen, daß die jeweiligen Vertragspartner, die einen Vertrag nach den §§ 1 oder 15 GWB abschließen, dies im Regelfall nicht deshalb tun, weil ihnen Nachteile angedroht oder zugefügt werden, sondern weil sie sich freiwillig zu einem Vertragsabschluß entschließen.

Als Schutzgut des Verbotes des äußeren Organisationszwangs kommt die unternehmerische Entschlußfreiheit in Betracht.

Schmiedel^{205a} argumentiert demgegenüber, daß in die unternehmerische Entschlußfreiheit nicht eingegriffen wird, weil entweder dem Druck nachgegeben und der entsprechende Unternehmer "mitmacht" oder den Drohungen nicht gefolgt wird.

Im ersteren Fall meint Schmiedel, begibt sich der entsprechende Unternehmer eines Schadenersatzanspruches, weil er letztlich doch willentlich gehandelt hat. Im zweiten Fall sei die unternehmerische Dispositionsfreiheit gerade nicht tangiert, weil die Drohungen keinen Erfolg hätten^{205a}. Demgegenüber hält der BGH^{205b} unter Bezugnahme auf Schmiedel an seiner Ansicht fest und führt aus, daß das geschützte Rechtsgut; die unternehmerische Entschlußfreiheit auch dann verletzt sei, wenn der Unternehmer, auf den eingewirkt werde, sich nicht beeinflussen ließe.

205a Schmiedel a.a.O., S. 45

205b WuW/E BGH 755 ff, 757 "Flaschenbier".

Der durch die rechtswidrige Einflußnahme entstandene Schaden bestehe in einem solchen Fall in den Nachteilen, die ohne die unerlaubte Einflußnahme bei der Durchsetzung der freige-
troffenen Entscheidung nicht eingetreten sei^{205b}. Für die Ansicht des BGH spricht der Wortlaut des § 25 Abs. 2 GWB. Aus der Formulierung "Nachteile androhen" ist zu entnehmen, daß der Angriff auf die unternehmerische Entschlußfrei-
heit nicht von Erfolg gekrönt sein muß, sondern daß es ausreicht, wenn ein Versuch in dieser Richtung unternommen wird.

Letztlich kann noch eine rechtspolitische Er-
wägung zur Begründung herangeführt werden. Wenn dem Betroffenen nicht die Möglichkeit gegeben wird, seinen Schaden ersetzt zu ver-
langen, wäre eine Weigerung, sich nicht wie gewünscht zu verhalten, für diesen wirtschaft-
lich sinnlos.

Das fakultative Bußgeldverfahren gegen den anderen Unternehmer nach § 38 Abs. 1, Ziff. 8 GWB interessiert den Konkurrenten in aller Regel nicht. Dies hätte zur Folge, daß es für ihn nicht opportun sein könnte, sich so zu ver-
halten, wie es die Wertordnung des GWB vorsieht.

Da ein solches Ergebnis nicht wünschenswert wäre, ist der herrschenden Meinung zu folgen, wonach § 25 Abs. 2 GWB ein Schutzgesetz ist.

205b WuW/E BGH 755 ff. 757, "Flaschenbier".

Allerdings vertreten einige Verfasser²⁰⁶ noch die Auffassung, daß die eine Alternative des § 25 Abs. 2 GWB "Vorteile versprechen oder gewähren", nicht zu einem Schadensersatzanspruch der Konkurrenten führen kann. Sie lassen sich dabei von der Erwägung leiten, daß bei dieser Alternative dem "vorteilsempfänger" kein Schaden entstehen kann²⁰⁶.

Die Richtigkeit dieser These erscheint fraglich, Die anderen Konkurrenten hätten nämlich dann keine Möglichkeit einzugreifen, wenn Mitbewerber sich durch Vorteile verleiten ließen, sich wettbewerbswidrig zu verhalten.

Somit ist § 25 Abs. 2 GWB auch in dieser Alternative ein Schutzgesetz.

206 Benisch im Gemeinschaftskommentar a.a.O.,
Müller-Gries-Giessler, Anm. 18,
Frankfurter Kommentar Tz 39.

5) § 25 Abs. 3 GWB

Als Spruchpraxis zu der Frage, ob § 25 Abs. 2 GWB a.F., d.h. nunmehr § 25 Abs. 3 GWB, ein Schutzgesetz sein kann, gibt es lediglich einen Beschluß des BGH zu § 25 Abs. 2 Ziff. 1 GWB a.F. und zu § 25 Abs. 2 Ziff. 3 GWB a.F.²⁰⁷. In dieser Entscheidung hat der BGH die Ansicht vertreten, daß §§ 25 Abs. 2 Ziff. 1 und 3 GWB Schutzgesetze sind.

Außerdem hat das OLG Celle²⁰⁸ in einem Urteil pauschal erklärt, daß sämtliche Bestimmungen des § 25 GWB Schutzgesetze seien.

Diese Entscheidungen sind in der Literatur nicht auf Widerspruch gestoßen²⁰⁹.

Sie entsprechen sowohl Wortlaut als auch Systematik des Gesetzes, so daß der Verfasser keinen Anlaß sieht, Bedenken anzumelden.

Danach sind auch die Vorschriften des § 25 Abs. 3 GWB Schutzgesetz⁴

Zu § 25 Abs. 1 GWB n.F.²¹⁰ gibt es noch keine Spruchpraxis. Bei verbaler und systematischer Auslegung kann kein Zweifel darüber bestehen, daß § 25 Abs. 1 GWB n.F. ebenfalls ein Schutzgesetz für die Konkurrenten ist²¹¹.

207 B/BGH vom 14.3.1968, WuW 944 "Fahrlehrer", WuW 944.

208 U/OLG Celle vom 22.7.1964, WuW 707 ff. "Brotsperrre".

209 vgl. die Angaben bei FN. 204.

210 vgl. umfassend Lübbert, Das Verbot abgestimmten Verhaltens im deutschen und europäischen Kartellrecht, Heidelberg 1975, S. 48 ff.

211 ebenso Willemer, GWB-Einwendungen gegen UWG-Ansprüche, S. 173 ff.

6) § 26 Abs. 1 GWB

§ 26 Abs. 1 GWB war häufig Gegenstand von Entscheidungen in der Rechtsprechung²¹².

Die Auswertung der Judikatur²¹³ ergibt ein eindeutiges Ergebnis. § 26 Abs. 1 GWB wird als Schutzvorschrift angesehen.

Zwar wird dies lediglich in einer Entscheidung²¹⁴ ausdrücklich ausgeführt, die anderen Entscheidungen bringen dieses Ergebnis jedoch incidenter zum Ausdruck oder haben es als Prämisse vorausgesetzt.

Dagegen regt sich auch kein Widerspruch in der Literatur²¹⁵, vielmehr ist auch dort einhellige Ansicht, daß § 26 Abs. 1 GWB Schutzgesetz ist.

Meist wird diese Ansicht, wie bei § 25 GWB, mit dem klaren Verbotswortlaut der Norm begründet.

-
- 212 wegen der Vielzahl der Entscheidungen hat sich der Verfasser auf die Prüfung der BGH-Judikatur beschränkt.
- 213 U/BGH, 16.10.1962, WuW 512, 517, "Original-Ersatzteile"; U/BGH, 24.6.1965, WuW 695, "Brotkrieg"; U/BGH, 30.6.1966, WuW 757, "Flaschenbier"; B/BGH, 15.7.1966 "Bauindustrie"; WuW 778; U/BGH, 1.10.1970, KZR 18/68, "Briefmarkenprüfer" nicht veröffentlicht.
- 214 B/BGH, 15.7.1966, WuW 778, "Bauindustrie".
- 215 Rasch-Westrick, Rdnr. 5 zu § 35 GWB; Baumbach-Hefermehl, Rdnr. 5 zu § 35 GWB; Benisch im Gemeinschaftskommentar, Rdnr. 4 zu § 35; Frankfurter Kommentar Rdnr 39 zu § 35; Langen, Rdnr. 6 zu § 35; Müller-Gries-Giessler, Rdnr. 18 zu § 35; Schramm/Klaka, WRP 1958, 77; Leo, WuW 1959, 498; Markert, WRP 1966, 330; Sandroock JuS 1971, 61.

Da kein Gesichtspunkt ersichtlich ist, der gegen die ganz herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung sprechen könnte, ist ihr beizutreten. § 26 Abs. 1 GWB ist daher ein subjektiv privates Recht der Konkurrenten.

7) § 26 Abs. 2 GWB

Bei § 26 Abs. 2 GWB zeigt sich im wesentlichen das gleiche Bild wie bei § 26 Abs. 1 GWB. Die reichhaltige Judikatur²¹⁶ spricht sich eindeutig, wenn auch manchmal incidenter, für den Schutzgesetzcharakter des § 26 Abs. 2 GWB aus.

216 B/BGH, 10.7.1958 "Lesemappen"; WuW 349; U/BGH, 7.11.1960 "Molkereigenossenschaften" WuW 412; U/BGH, 26.10.1961 "Gummistrümpfe", WuW 448; U/BGH, 8.3.1962 "Selbstbedienungs-großhandel", WuW 480; U/BGH, 24.5.1962 "Rad-kappe", WuW 485; U/BGH, 24.6.1962, "Prüfungs-verband", WuW 500; U/BGH, 27.9.1962 "Treu-handbüro", WuW 507; U/BGH, 16.10.1962, "Ori-ginal-Ersatzteile", WuW 512, 517; U/BGH, 2.4.1964, "Werkmilchabzug", WuW 617; U/BGH, 2.4.1964, "Nichtgenossenabzug", KZR 7/63; U/BGH, 25.6.1964, "Schmerzmittel", WuW 645/646; U/BGH, 25.6.1964, "Uhrenoptiker", WuW 676/677; U/BGH, 20.11.1964, "Rinderbesamung I", WuW 648; U/BGH, 16.12.1965, "Pharmazeu-tische Großhandlung", WuW 763; B/BGH, 15.7.1966, "Bauindustrie", WuW 778; U/BGH, 8.6.1967, "Rinderbesamung II", WuW 865; U/BGH, 9.11.1967, "Jägermeister", WuW 892; U/BGH, 14.11.1968, "Universitätssportclub", WuW 950; B/BGH, "Lufttaxi I" WuW 998; vgl. dazu B/BGH "Lufttaxi II", KZR 13/68, in WuW 1131 ff; U/BGH, 2.10.1969, KZR 5/68; U/BGH, 30.1.1970, "Tonbandgeräte", WuW 1069 ff; U/BGH, 21.6.1971, "Verbandszeitschrift", WuW 1210 = GRUR 72, 40 ff. m.Anm. Hefermehl; U/BGH, 13.6.1971, "Ostmüller", GRUR 72, 44 ff. m.Anm. Koenigs = WuW 1175; U/BGH, 30.9.1971, "Kraftwagen-Leasing", WuW 1211.

Dies entspricht auch der einhelligen Ansicht in der Literatur²¹⁷.

Eine Begründung für diese Meinung wird, wie schon bei § 25 GWB und bei § 26 Abs. 1 GWB, mit dem Verbotswortlaut des Gesetzes gegeben. Ebenso wie § 26 Abs. 1 GWB ist kein Beweggrund ersichtlich, der herrschenden Meinung nicht zu folgen.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß auch § 26 Abs. 2 GWB ein Schutzgesetz zugunsten der Konkurrenten ist.

8) § 27 GWB

Die Rechtsprechung²¹⁸ steht auf dem Standpunkt, daß § 27 GWB ein Schutzgesetz für den betroffenen Konkurrenten darstellt.

§ 27 GWB betrifft nach seinem Wortlaut den Fall, daß die Kartellbehörde auf Antrag eines Unternehmens anordnen kann, daß dieses in eine Wirtschafts- oder Berufsvereinigung aufgenommen wird, wenn die Aufnahme verweigert und diese Ablehnung eine sachlich nicht gerechtfertigte ungleiche Behandlung darstellt und zu einer unbilligen Benachteiligung des Unternehmens im Wettbewerb führt.

217 Müller-Gries-Giessler, Anm. 19 zu § 35; Frankfurter Kommentar Tz 40 zu § 35; Benisch im Gemeinschaftskommentar Rdnr. 4 zu § 35; Langen, Anm. 6 zu § 35; Baumbach-Hefermehl, Rdnr. 5 zu § 35; Rasch-Westrick Rdnr. 5 zu § 35; Schramm/Klaka, WRP 1958, 77; Leo, WuW 1959, 495.

218 U/BGH, 25.2.1959, "Sanifa=Großhändlerverband II", WuW 288; U/BGH, 24.5.1962 "Prüfungsverband", WuW 500; U/BGH, 14.11.1968, "Universitätssportclub", WuW 950; U/BGH, 9.12.1969, "Zeitungsgroßhandel II", WuW 1062.

Vor Inkrafttreten des GWB war allgemein anerkannt, daß bei solchen Streitigkeiten der betroffene Unternehmer über §§ 823 Abs. 2 i.V.m. den alliierten Dekartellierungsvorschriften, 826 BGB und § 1 UWG im Wege der Schadensersatzklage seine Aufnahme, soweit die Voraussetzungen der zitierten Vorschriften gegeben waren, erzwingen konnte²¹⁹.

Mit dem Inkrafttreten des GWB fielen die Dekartellierungsvorschriften weg, und der betroffene Unternehmer war nach dem Wortlaut des § 27 GWB auf die Kartellbehörde angewiesen.

Der BGH begründet seine Auffassung von der Schutzgesetz Eigenschaft zunächst damit, daß er anhand der Gesetzesmaterialien nachweist, daß an eine Verschlechterung der Position des betroffenen Unternehmers nicht gedacht war und daß die Befugnisse der Kartellbehörde gemäß § 27 GWB nicht zugleich eine Beschneidung der zivilrechtlichen Möglichkeiten des Unternehmers bedeuteten²²⁰.

In diesem Zusammenhang führt der BGH dann aus:
"Diese Frage läßt sich auch dahin fassen, ob die Vorschrift des § 27 GWB gleichzeitig insoweit ein Schutzgesetz für das betroffene Unternehmen i.S. des § 35 GWB enthält, als es die tatbestandlichen Voraussetzungen für ein Eingreifen der Kartellbehörde festlegt. Der Umstand, daß diese Vorschrift in erster Linie der Wahrung des öf-

219 vgl. Benisch im Gemeinschaftskommentar, Anm. 16 zu § 35 m.w.Nachw.; U/BGH, 25.5.1956, "Darmimporteure", WuW 154 ff mit zustimmender Anmerkung von Dörinkel, WuW 157.

220 BGH a.a.O. S. 288 ff.

fentlichen Interesses dient, steht einer solchen Annahme nicht entgegen. Das ergibt sich schon klar aus der Bestimmung des § 35 Abs. 1 Satz 2 GWB, wonach jedenfalls eine Anordnung der Kartellbehörde i.S. des § 27 GWB, die eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung des betreffenden Wirtschaftsverbandes zur Aufnahme eines Unternehmens begründet, auch den Schutz dieses Unternehmens bezweckt. Darüber hinaus gilt für das GWB ganz allgemein, daß die im öffentlichen (allgemeinen) Interesse erlassenen Vorschriften gegen eine mißbräuchliche Beschränkung des Wettbewerbs in der Regel auch dem privatrechtlichen Schutz eines verletzten einzelnen Unternehmens oder einzelner Unternehmen dienen werden...²²¹. Die Vorschriften der §§ 27, 35 GWB ergeben unmittelbar nichts für die Frage, ob die Vorschrift des § 27 GWB auch ein Schutzgesetz zugunsten eines einzelnen Unternehmens darstellt. Berücksichtigt man aber, daß die herrschende Auffassung im Schrifttum bis zum Erlaß des GWB in dem alliierten Dekartellierungsrecht auch ein solches Schutzgesetz zugunsten der einzelnen betroffenen Unternehmen erblickte, und berücksichtigt man ferner, daß aus Sinn und Zweck des GWB keinerlei Anhalt dafür hergeleitet werden kann, daß das Gesetz in dieser Hinsicht eine einschneidende Verkürzung der Rechtsposition des einzelnen Unternehmens herbeiführen wollte, so erscheint der Schluß zwingend, daß die Vorschrift des § 27 GWB zugleich auch dem Schutz

221 Von diesen klaren Sätzen zugunsten eines Individualschutzes mußte sich der BGH bei Entscheidung zu § 22 GWB wieder etwas distanzieren und deren Bedeutung herabspielen, vgl. FN. 164.

des betroffenen Unternehmens dient und als Schutzgesetz i.S. des § 35 GWB angesehen werden muß"²²² - soweit die Ansicht des BGH.

In seinen weiteren Entscheidungen hat der BGH²¹⁸ lediglich auf das ^{zitierte} Urteil Bezug genommen und eine weitere Begründung nicht gegeben.

Diese Judikatur hat in der Literatur ein zwiespältiges Echo²²³ gefunden.

Die ablehnenden Verfasser begründen ihre Auffassung mit dem Wortlaut des Gesetzes, der keinen Hinweis für ein Verbot gebe. Eine historische Begründung sei außerdem verfehlt. An die alliierten Dekartellierungsvorschriften könne nicht angeknüpft werden, da sich die Rechtslage seit Erlaß des GWB gerade verändert habe. Desweiteren könne es zu unhaltbaren Ergebnissen kommen, wenn der betroffene Unternehmer auf dem Zivilrechtsweg ein obsiegendes Urteil erziele, während im Kartellverwaltungsverfahren ein anderes Ergebnis herauskommen könne.

222 BGH a.a.O. S. 290/291.

223 Zustimmung:

Axter in einer Anmerkung zu der "Sanifa-Entscheidung" in GRUR 1959, 343; Müller-Gries-Giessler, Anm. 20 zu § 35; Bezzenberger, WRP 1956, 209 ff; Baumbach-Hefermehl, Rdnr. 6 zu § 35; Birk, JZ 72, 343; Mestmäcker, AcP 168, (1968), 235 (242 f., 252); E. Koch, Schadensersatz, S. 67.

Unentschieden: Langen, Rdnr. 6 ff. zu § 35. Ablehnung:

Benisch im Gemeinschaftskommentar § 35, Anm. 16 und 7; Frankfurter Kommentar § 35, Tz 41; Rasch-Westrick, Anm. 5 zu § 35; Leo, WuW 59, 496; Spengler, WuW 60, 419; Walther, WRP 59, 136; Gleiss-Kracht, NJW 59, 971; Dörinkel, WuW 58, 569.

Im übrigen bringe die Sonderregelung des § 35 Abs. 1 Satz 2 GWB klar zum Ausdruck, daß lediglich die auf Grund des § 27 GWB ergangene Verfügung Schutzcharakter habe²²⁴.

Diejenigen, die der Rechtsprechung zustimmen, argumentieren, daß es nicht auf den Wortlaut ankomme; bei teleologischer Auslegung des § 27 GWB, insbesondere im Hinblick auf den systematischen Zusammenhang zu § 26 GWB, komme man zu dem Ergebnis, daß es sich bei § 27 GWB um eine Schutzvorschrift handele. § 27 GWB stelle nämlich nur einen Sonderfall der Diskriminierung dar²²⁵.

Die Begründung des BGH allein aus der historischen Entwicklung des Aufnahmerechts in einer Berufsvereinigung ist, gemessen an dem Wortlaut der Vorschrift, nach Ansicht des Verfassers zu knapp.

Es trifft zwar zu, daß die Protokolle des Wirtschaftspolitischen Ausschusses²²⁶ ergeben, daß man in erster Linie grundrechtliche Bedenken wegen des Eingriffsrechtes der Behörde diskutiert hat und an zivilrechtliche Ansprüche des Konkurrenten nicht gedacht hat.

224 so artikuliert der Frankfurter Kommentar, Tz 41 m.w.Nachw. die Argumente dieser Ansicht.

225 so die ausführliche Argumentation bei Müller-Gries-Giessler, Anm. 20 m.w.Nachw. zu § 27 GWB; bedenklich Birk JZ 72, 343 ff (348) m.E. werden dort die Grenzen zwischen subjektiv privatem und subjektiv öffentlichem Recht verwischt.

226 Kurzprotokoll 168a, 169, 197.

Diese Erkenntnis wird auch durch den Bericht des Abgeordneten Dr. Ellbrächter²²⁷ bestätigt, der sich ebenfalls nur mit den Rechten der Kartellbehörde beschäftigt.

In der Einzelbegründung des Regierungsentwurfes²²⁸ wird zur Begründung des Eingriffsrechtes der Behörde sinngemäß Bezug genommen auf die in den vorstehenden Paragraphen verbotene Diskriminierung. Rechte des betroffenen Unternehmens selbst werden nicht erwähnt.

Bei diesem Sachstand ist an der Schlüssigkeit der Argumentation des BGH, unter Berücksichtigung der diesmal eindeutigen Materialien, nicht zu zweifeln; der historischen Auslegung kann jedoch nur untergeordnete Bedeutung zukommen.

Bei verbaler Auslegung ergibt sich das gleiche Ergebnis wie § 22 GWB.

Bei einer Ermessensreduzierung auf Null hat die Behörde eine Verfügung nach § 27 GWB zu treffen. In einem solchen Fall müssen auch die Anhänger der Gegenmeinung, die nur der Schutzverfügung Schutzcharakter beimessen, davon ausgehen, daß § 27 GWB selbst ein Schutzgesetz ist.

Die teleologische Auslegung ergibt, daß das betroffene Unternehmen begünstigt ist.

Weiterhin ist zu bedenken, daß § 27 GWB vom Gesetzgeber systematisch den anerkannten Schutzgesetzen §§ 25 ff. GWB nachgestellt ist. Die

227 Schriftlicher Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses, Anlage zu BT-Drucksache 3644, S. 29.

228 abgedruckt bei Müller-Henneberg, 1. Aufl., S. 1100.

Vorschriften §§ 25-27 GWB stehen unter der gemeinsamen Überschrift 'Wettbewerbsbeschränkendes und diskriminierendes Verhalten'.

Im übrigen sind die Tatbestandsmerkmale "sachlich nicht gerechtfertigte ungleiche Behandlung" und unbillige Benachteiligung dem § 26 Abs. 2 bzw. § 26 Abs. 1 entnommen.

Bei dieser systematischen Verbindung ist im Wege der Zusammenschau die Schutzmöglichkeit des betroffenen Unternehmens § 26 GWB zu entnehmen mit der Folge, daß der rein tatsächliche Schutz des Konkurrenten durch § 27 GWB auch bezweckt war.

Demgegenüber erscheint das Argument, es könne zu unterschiedlichen Ergebnissen auf dem Zivil- und Verwaltungsweg kommen, nicht schlüssig; dies wurde bereits oben dargelegt²²⁹.

Auch die These hinsichtlich der Sonderregelung des § 35 Abs. 1 S. 2 GWB^{229a} ist nicht zwingend, vielmehr ergibt sich eindeutig, daß im Gegensatz zu dem Wortlaut der Vorschrift zu Verstößen bei anderen Schutzgesetzen und Verfügungen bei einer solchen nach § 27 GWB auch der Immaterialschaden zu ersetzen ist.

Dieser Passus war wegen § 253 BGB erforderlich, da das Zivilrecht von dem Grundsatz beherrscht wird, daß in aller Regel nur der materielle Schaden ersetzt wird, es sei denn, der Gesetz-

229a vgl. FN 224

229 Bei FN 197 ff.

geber habe wie z.B. in §§ 847, 1300 BGB und eben § 35 GWB eine Ausnahme gemacht²³⁰.

Daraus aber eine Einschränkung der Rechte des betroffenen Unternehmens herleiten zu wollen, hält der Verfasser für abwegig.

Somit ist der Entscheidung des BGH, wenn auch mit anderer Begründung, im Ergebnis zu folgen und § 27 GWB als Schutzgesetz der Konkurrenten anzusehen.

230 vgl. zu dem Problem, Günther Wiese, Der Ersatz des immateriellen Schadens, 1964; Bötticher AcP 158, 385 ff (400 ff); Hartmann, NJW 1962, 12, ders. NJW 1964, 793 m.w.Nachw.; Fromen, NJW 1965, 1201; Kübler, JZ 1969, 650, kritisch Esser, Schuldrecht I, § 41 I 2; a.A. Deutsch Jus 1969, 197; BGHZ 40, 345, 348 ff; BGH NJW 1965, 2395; NJW 1968, 1773; vgl. auch Kurzprotokoll des Wirtschaftspolitischen Ausschusses 192, S. 2 ff zu dieser Frage, daraus läßt sich entnehmen, daß ursprünglich vom Rechtsausschuß noch eine Erweiterung des Immaterialschadensersatzanspruches auf die §§ 25 ff GWB geplant war, die aber vom Wirtschaftspolitischen Ausschuß abgelehnt wurde.

Zusammenfassung

Weitere Rechtsprechung zu Schutzgesetzen ist nicht ersichtlich²³¹, so daß dieser Teil der Untersuchung zusammengefaßt werden kann.

Die Rechtsprechung sieht in ihrer bisherigen Spruchpraxis die §§ 15, 25, 26, 27 GWB uneingeschränkt als Schutzgesetze der Konkurrenten an, § 1 GWB könne von Fall zu Fall ein Schutzgesetz sein, während § 22 GWB kein Schutzgesetz sei.

Die Begründung des BGH ist auch, soweit ihm gefolgt werden konnte, zum einen wegen der Auslegungsmethode selbst und dann wegen der Argumentation zu bemängeln.

Nach Auffassung des Verfassers sind die §§ 1 und 22 GWB in jedem Falle Schutzgesetze.

231 Wegen der Entscheidung zu § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB kann auf die Ausführung zu § 1 und § 15 sowie die dortigen Nachweise verwiesen werden.

D. Subjektiv öffentliche Rechte im GWB

I. Einführung in das Problem

Ein subjektiv öffentliches Recht gibt dem Inhaber die Befugnis, vom Staat oder einer anderen Verwaltungsinstitution ein bestimmtes Verhalten zu verlangen²³². Nach allgemeiner Meinung²³³ liegt dann ein subjektiv öffentliches Recht vor, wenn ein materielles Gesetz auf Grund seines bestimmten Tatbestandes einen Verpflichteten und einen Berechtigten zu bestimmen gestattet und darüberhinaus der Berechtigte durch die Rechtsfolge nicht nur tatsächlich begünstigt wird, sondern auch begünstigt werden soll.

Die Ähnlichkeit mit der Definition zu § 35 GWB ist unverkennbar, nur ging es dort um den Schutz gegenüber anderen Privaten, während hier der Anspruch gegenüber der Behörde als Ausgangspunkt in Rede steht. Dem Verwaltungsrecht sind verschiedene Abstufungen des subjektiv öffentlichen Rechts bekannt²³⁴.

232 vgl. zu der fast unüberschaubaren Literatur zum subjektiv öffentlichen Recht Bühler, Die subjektiv öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914; Bachof in Gedächtnisschrift für Jellinek, S. 291, FN 16; Henke, Das subjektiv öffentliche Recht, Tübingen 1968.

233 BVerwGE 1, 83, 10, 124; OVG Lüneburg, DOV 1964, 428; OVG Berlin NJW 1967, 2279; Wolff I, § 43 I; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechtes A I, § 10, 3 m.w.Nachw., vgl. aber FN 238.

234 vgl. die Nachweise bei Wolff I, 43 II ff.

Im einzelnen ist jedoch vieles streitig, und die Begriffsvielfalt führt speziell für diese Untersuchung nicht weiter²³⁵.

Von Bedeutung für das Kartellrecht ist noch das subjektiv öffentliche Recht des Einzelnen auf lediglich fehlerfreie Ermessensausübung der Behörde²³⁶.

Die Behörde hat in einem solchen Fall einen größeren Ermessensspielraum, der Berechtigte kann keine bestimmte Entscheidung verlangen.

Dies kommt durch Wendungen wie "kann", "darf", "ist berechtigt", "ist befugt" oder ähnliches zum Ausdruck²³⁷.

235 vgl. die Nachweise bei Forsthoff a.a.O.

236 vgl. Bachof, Verfassungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Bd II, 1967 Nr. 257: v.Köhler, NJW 1971, 1537 ff: H.J.Müller, DÖV 1969, 119 ff: H.H.Rupp, NJW 1969, 273 ff: grundlegend Kohlmann, das subjektiv öffentliche Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch 1964: BVerwGE 11,95 ff: 19,149 ff.(150,152): BVerwG in DVBI 1970, 875: BGH in DB 1970, 2370: BVerfG DVBI 1970, 270 ff. (272).

237 Aufzählung nach Wolff a.a.O.

Das subjektiv öffentliche Recht des Privaten auf fehlerfreien Ermessensgebrauch kann dann zum vollen subjektiv öffentlichen Recht erstarken, wenn eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt und nur noch eine einzige Entscheidung der Behörde rechtmäßig ist.

Teilweise sind im GWB subjektiv öffentliche Rechte dadurch gekennzeichnet, daß dem Privaten die Möglichkeit eines Antrages gegenüber der Behörde eingeräumt wird, so z.B. in §§ 4, 5 Abs. II, 6 Abs. II, 7, 8, 11 Abs. II, 24 Abs. 3, 27 GWB. Dies hat seine Entsprechung in § 51 Abs. 1 GWB, wonach die Kartellbehörde ein Verfahren von Amtswegen oder auf Antrag einleitet. Für den Konkurrenten ist es nun von entscheidender Bedeutung, unter welchen Voraussetzungen ihm die Spruchpraxis ein Recht zubilligt, von der Kartellbehörde die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens nach den Vorschriften der §§ 51 ff. GWB zu verlangen.

Bei der Auslegung der Vorschriften können die Grundsätze angewandt werden²³⁸, die oben entwickelt wurden, so daß Zurückhaltung bei der Verwertung der Gesetzesmaterialien angezeigt ist.

²³⁸ In der Literatur zeigen sich bei Bernhardt, JZ 1963, 302 ff, Henke, das subjektive öffentliche Recht, 1968, S. 33 ff. 40 ff, 57 ff, Bartlsperger VerwA 60, 47 ff, Versuche, die Existenz eines subjektiv öffentlichen Rechtes rein faktisch zu lösen durch Begriffe wie "konkrete Betroffenheit" so Bartlsperger a.a.O., "Betroffensein in eigenen Angelegenheiten", so Henke a.a.O. S. 60, 75, "individuelles und nicht ganz uner-

Im GWB gibt ausdrücklich nur § 27 GWB dem Konkurrenten ein Antrags- und somit ein subjektiv öffentliches Recht, es ist aber anerkannt, daß es außer dieser Norm noch weitere subjektiv öffentliche Rechte der Konkurrenten gibt²³⁹.

hebeliches Betroffensein", Bernhardt JZ 1963, 307, 308. Dazu kritisch Scholz, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, S. 124, der mit Recht eine Ausuferung des Begriffs des subjektiv öffentlichen Rechtes vermutet. Der Definitionsversuch von Scholz a.a.O., S. 165, "ein subjektiv öffentliches Recht sei nicht nur dort gegeben, wo eine Gesetzesbestimmung den Schutz des privaten Interesses willentlich und tatsächlich bewirkt, sondern auch dort, wo sich das, von einer objektiv rechtlichen Gesetzesbestimmung tatsächlich begünstigte Privatinteresse auf eine grundrechtliche Wertentscheidung berufen kann und mit deren Maßgabe das von der Gesetzesbestimmung eigentlich oder zunächst verfolgte Öffentlichkeitsinteresse inhalts-typisch repräsentiert", will insofern nicht überzeugen, als die Verwaltungsbehörden und Gerichte verpflichtet sind, die Gesetze verfassungskonform auszulegen, so daß die Definition von Scholz m.E. keine neue Lösungsmöglichkeit aufzeigt. Dem Verfasser erscheinen diese Theorievorstöße noch zu wenig gesichert, als daß sie dieser Untersuchung zugrunde gelegt werden können; kritisch auch Weinhardt, Klagebefugnis der Konkurrenten, S. 124 ff.

239 Frankfurter Kommentar, Tz 33 zu § 51; v.Köhler BB 60, 503 ff; B/OLG Stuttgart, 3.11.1967, 2 Kart 3/67; B/BGH, 14.11.1968, "Lufttaxi", WuW/E 995 ff. = WRP 69, 151 ff.

II. Überblick über die Spruchpraxis

1) Allgemeines Antragsrecht aus § 51 GWB

Die Formulierung in § 51 GWB legt es nahe, zu glauben, jeder sei berechtigt, die Einleitung eines Verfahrens zu beantragen und sei dann darüberhinaus als Antragsteller noch an dem Verfahren beteiligt²⁴⁰.

Tatsächlich haben sich Unternehmen auch in diesem Sinne auf § 51 GWB berufen²⁴¹.

Die Spruchpraxis ist dieser Argumentation jedoch nicht gefolgt. Die frühere Beschwerdeabteilung des Bundeskartellamtes hat ausgeführt, daß sich aus § 51 GWB kein allgemeines Antragsrecht ergibt, die Antragsrechte seien vielmehr aus den materiellen Vorschriften des GWB zu ermitteln²⁴¹.

In der Literatur²⁴² stieß diese Ansicht, soweit das Problem überhaupt gesehen wurde, nicht auf Widerspruch.

240 § 51 GWB lautet:

(1) Die Kartellbehörde leitet ein Verfahren von Amts wegen oder auf Antrag ein.

(2) An dem Verfahren vor der Kartellbehörde sind beteiligt, 1. wer die Einleitung des Verfahrens beantragt hat ...
Unterstreichungen sind vom Verfasser.

241 B/E 1 - 69/60, 26.4.1960, WuW/E BKartA 196 "Städtereklame"; vgl. auch B/BGH, 14.11.1968, WuW 995 ff. "Lufttaxi"; B/OLG Celle, 21.2.1973, "Bauleitplan", WuW 1387 ff.

242 Frankfurter Kommentar Tz 21 ff. zu § 51; Junge im Gemeinschaftskommentar Rdn 1 zu § 51; Rasch-Westrick, Rdn 4 zu § 51; Köhler, BB 1960, 503 ff; Dörinkel, WuW 1957, 620; Kuhlmann, WRP 1959, 142; Jessen, DB 1961, 1059.

Der Wortlaut des § 51 GWB spricht gegen die Spruchpraxis. Bei systematischer Auslegung ergibt sich aber, daß in dem Bereich §§ 51 ff nur das Verfahren geregelt ist, materielle Berechtigungen werden nicht berührt. Auch der Sinn und Zweck des § 51 GWB als Verfahrensvorschrift spricht gegen die Annahme eines allgemeinen Antragsrechtes. Die Gesetzesmaterialien zu § 51 GWB^{sind} eindeutig und können deshalb herangezogen werden.

So heißt es in der Regierungsbegründung zu dem damaligen § 42: "Das Verfahren vor der Kartellbehörde ist ein Verwaltungsverfahren. Die Behörde kann dabei von Amts wegen oder auf Antrag Dritter tätig werden. Im einzelnen ergibt sich das aus den materiell-rechtlichen Bestimmungen des ersten Teils."²⁴³

Die historische Auslegung bestätigt somit ebenfalls die Spruchpraxis.

Noch ein weiteres Argument spricht für die Ansicht des Bundeskartellamtes.

Dem allgemeinen Verwaltungsverfahren, welches in der Verwaltungsgerichtsordnung²⁴⁴ geregelt ist, sind Klagen, die jeder erheben kann, also Popularklagen, fremd. Deshalb heißt es in § 42 Abs. II VWGO ausdrücklich, daß der Kläger geltend

243 Begründung zum Regierungsentwurf bei Müller-Henneberg, a.a.O., S. 1111.

244 Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960, BGBl I, S. 17.

machen muß, in seinen Rechten verletzt zu sein²⁴⁵.

Die Annahme eines allgemeinen Antragsrechtes wäre somit auch systemwidrig.

Danach ist der Meinung der Spruchpraxis zuzustimmen, wonach sich aus § 51 GWB kein allgemeines subjektiv öffentliches Recht auf Einleitung eines Verfahrens durch die Kartellbehörde ergibt.

2) Formelle Vorschriften

a) § 51 Abs. II Ziff. 4 GWB

Im Rahmen des § 51 GWB hat die Spruchpraxis noch die Frage beschäftigt, ob Personen und Personenvereinigungen, deren Interessen durch die Entscheidung der Kartellbehörde erheblich berührt werden, § 51 Abs. II Ziff. 4 GWB, ein Recht auf Beiladung haben.

Die Stellung des Beigeladenen kann für ein Unternehmen von Interesse sein, weil der Beigeladene als Beteiligter des Verfahrens in der mündlichen Verhandlung zugegen sein kann, § 52 GWB, Beschwerde gegen die Verfügung der Kartellbehörde einlegen kann, § 62, und Rechtsbeschwerde gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichtes, § 75

²⁴⁵ vgl. Hoffmann, VerwA 53, 302; Bettermann, Staatsbürger und Staatsgewalt II, S. 449 ff; Lücke AöR 84, 185; Rupp AöR 85, 307; Schunck-De Clerck, Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl., S. 226; Koehler, Verwaltungsgerichtsordnung, S. 302; Klinger, Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl., S. 166.

GWB²⁴⁶. Der Beigeladene ist somit in der Lage, nicht unerheblichen Einfluß auf den Gang des Verfahrens zu nehmen.

Die Spruchpraxis²⁴⁷ hat im Einklang mit der Literatur²⁴⁸ einen Anspruch auf Beiladung auch bei Erfüllung aller Voraussetzungen des § 51 Abs. II Ziff. 4 GWB abgelehnt. Vielmehr stehe die Beiladung im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde.

Diese Ansicht läßt sich vom Wortlaut her begründen. § 51 Abs. II Ziff. 4 GWB lautet nämlich nicht, "die Kartellbehörde lädt Personen und Personenvereinigungen bei, deren Interessen erheblich berührt sind," sondern "am Verfahren sind beteiligt Personen ..., die die Kartellbehörde auf ihren Antrag beigeladen hat!"

246 Weinhardt, Die Klagebefugnis des Konkurrenten, 1973, S. 98 kritisiert, daß Rechtsbeschwerde auf Grund des § 75 I GWB nur Beteiligte "deren Rechte durch die Entscheidung beeinträchtigt sind" erheben können. Dieser Kritik ist inzwischen durch die Kartellnovellierung der Boden entzogen worden, nachdem nunmehr gemäß § 75 I GWB jedem Beteiligten die Rechtsbeschwerde zusteht.

247 B/KG, 16.2.1960, WuW 339, "IG-Bergbau"; B1KG, 6.12.1968, WuW, 964 ff, 967, "Auto-schmiermittel", B1KG, 7.11.1969, WuW 1071 ff, Triest-Klausel.

248 Müller-Gries-Giessler, Anm. 12 zu § 51, anders noch die Voraufgabe; Langen, Anm. 16 zu § 51, anders noch die Voraufgabe; Frankfurter Kommentar Tz 86 zu § 51 m.w.Nachw.; Rasch-Westrick, Rdn 26 zu § 51; Junge im Gemeinschaftskommentar Tz 19 zu § 51 GWB; Mailänder, WuW 65, 663; Starck BB 60, 465; Schöne, WRP 60, 263; Sprengmann GRUR 1960, 529; Weinhardt, Die Klagebefugnis der Konkurrenten, 1973, S. 98; Scholz, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, 1971, S. 81; a.A. Soell, Beiladung und Konkurrentenschutz in Verwaltungsverfahren des Kartellgesetzes, Festschrift für Eduard Wahl 1973, S. 461.

Nach der Intention des Gesetzgebers sollte also der Kartellbehörde die Entscheidungsfreiheit über die Beiladung erhalten bleiben.

Nun ist der Konkurrent dadurch nicht rechtlos gestellt, da die Behörde gezwungen ist, seinen Antrag ermessensfehlerfrei zu bescheiden. Dieses Recht kann er auch über die Beschwerde, und wenn diese zugelassen wird, auch bis zur Rechtsbeschwerde, verfolgen.

Dabei überprüft das Beschwerdegericht nicht nur, wie sonst im Verwaltungsrecht nach § 114 VWGO, die Ausübung des Ermessens auf etwaige Fehler, sondern auch die Zweckmäßigkeit des Ermessensgebrauches²⁴⁹, § 70 Abs. 4 GWB.

Im Einzelfall kann bei einer Ermessensreduzierung auf Null ein subjektiv öffentliches Recht auf Beiladung entstehen.

An der Konsequenz dieser Meinung, wonach nur in äußerst seltenen Fällen, die bisher in der Rechtsprechung auch noch nicht aktenkundig geworden sind, ein Recht auf Beiladung bestehen kann, üben in letzter Zeit einige Schriftsteller²⁵⁰ Kritik. Dabei gehen sie davon aus, daß der bisher dem Konkurrenten vom GWB gebotene Schutz ineffizient sei und daß deshalb eine größere Beteiligung des Konkurrenten an den Verwaltungsverfahren zu erstreben sei.

249 vgl. die Nachweise bei FN 247, die Entscheidungen enthalten Literaturhinweise.

250 Scholz, a.a.O. S. 100 ff; Soell a.a.O., S. 441 ff; Weinhardt a.a.O. S. 97 ff.

Sie untermauern ihre Meinung mit dem Hinweis auf Art. 19 Abs. 4 GG, wonach es ein Verfassungsgebot sei, die Gleichheit der Prozeßchancen und eine effektive Rechtsverfolgung sicherzustellen²⁵¹.

Das Problem wird von ihnen rechtstechnisch auf unterschiedliche Weise gelöst.

Scholz²⁵² erweitert den Beteiligtenbegriff in Anlehnung an die Regelung des § 20 Abs. 1 und 22 FGG, indem er entgegen dem Wortlaut auch denjenigen die Möglichkeit der Anfechtungsbeschwerde zuspricht, die zwar nicht formell beigeladen sind, aber doch jedenfalls materiell durch eine kartellbehördliche Entscheidung beschwert sind.

Soell²⁵³ schränkt das Ermessen der Behörde ein, so daß diese nach seiner Auffassung, wenn keine besonderen Umstände vorliegen und der Tatbestand des § 51 Abs. 2 Ziff. 4 GWB vorliegt, beiladen muß.

Da beide Verfasser von einer Prämisse der Ineffizienz des GWB ausgehen, die erst innerhalb dieser Arbeit noch geklärt werden muß, kann abschließend zu diesen Ansichten noch nicht Stellung genommen werden.

Wichtig erscheint dem Verfasser jedoch ein Bedenken zu sein, das sich aus den Ausnahmebeispielen von Soell entwickeln läßt, in denen er der Behörde ein Ermessen einräumen will²⁵³.

251 Soell a.a.O. S. 445; Scholz a.a.O. S. 99.

252 Scholz a.a.O. S. 197 f.

253 Soell a.a.O. S. 461.

Eine Anhebung der Zahl der Beteiligten, und das wäre die sichere Konsequenz der Ansicht von Soell und Scholz, weil praktisch jeder, dessen wirtschaftliche²⁵⁴, nicht notwendig rechtliche Interessen berührt werden, beizuladen ist, hätte eine Verlängerung der Verfahren zur Folge und dazu auch eine erhebliche Verteuerung. Dies läßt sich schon aus dem einfachen Beispiel herleiten, daß jedem Beteiligten Durchschriften des Schriftsatzes des anderen Beteiligten gegeben werden müssen.

Wie soll dem Interesse der Beteiligten Rechnung getragen werden, möglichst schnell z.B. die Erlaubnis eines Kartells zu erhalten oder ein bestimmtes Verhalten untersagt zu bekommen?

Soell will diese Kollisionsfrage dadurch lösen, daß bei einem beigeladenen Verband es nicht in aller Regel erforderlich sein wird, sämtliche Mitglieder zu hören²⁵⁵. Denkbar sei auch, daß zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen von einer Beiladung abgesehen wird. Soell möchte in solchen Fällen die Beiladung auf den Teil des Verfahrens beschränken, in denen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse ausgeklammert werden können²⁵⁶.

254 so ausdrücklich KG, WuW/E OLG 964 ff, 967 "Autoschmiermittel".

255 so schon die Verwaltungspraxis vgl. die Rechtsprechung bei FN 247 u. Junge im Gemeinschaftskommentar, Anm. 19 zu § 51 GWB.

256 ebenso Lange, § 51 GWB Rdn. 18; Schöne, WRP 1960, 336; Junge im Gemeinschaftskommentar, Anm. 19 zu § 51 unter Aufgabe seiner gegenteiligen Ansicht in der Voraufgabe und die Rechtsprechung FN 247. Das Zitat bei Soell aaO., wonach BKA in WuW/E BKartA 73 "Melitta" eine gegenteilige Auffassung vertreten haben soll, trifft nicht zu.

Der Beispielfall von Soell mit dem Verband und seinen Mitgliedern wird sich ohne Zweifel in dem vorgeschlagenen Sinne lösen lassen.

Ob er aber sehr häufig vorkommt, mag immerhin bezweifelt werden. In anderen Fällen wird die Auswahl schwierig sein; nach welchen Kriterien soll die Behörde vorgehen? Legt sie das Prioritätsprinzip zugrunde und verweigert nach einer gewissen Anzahl X weitere Beiladungen, so kann es sein, daß sie gerade den Konkurrenten ausschließt, der zur Aufklärung des Sachverhaltes beitragen könnte.

Wenn sie diesen Konkurrenten nun doch beilädt, so stellt sich die Frage, ob sie, um die Effektivität des Verfahrens zu wahren, die Beiladung eines anderen Unternehmens wiederaufheben muß.

Dies setzt voraus, daß sich die Behörde schon vor Beginn des Verfahrens über die Anzahl der Beizuladenden schlüssig geworden ist, die gerade ein noch effektives Verfahren zulassen.

Dies erscheint aber kaum möglich.

Will man nicht nach dem Prioritätsprinzip vorgehen, so muß man Auswahlkriterien festsetzen, um möglichst geeignete Beteiligte zu bekommen, die an der Aufklärung des Sachverhaltes mitwirken können.

Es liegt in der menschlichen Natur, daß jedes Auswahlverfahren eine große Anzahl von Beschwerden der nicht Zugelassenen nach sich ziehen wird.

Auch der Hinweis bezüglich der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse scheint dem Verfasser nicht sehr praktikabel zu sein.

Entweder ist ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis von Bedeutung, dann wird es das gesamte Verwaltungsverfahren durchziehen, oder es ist es nicht, dann gehört es nicht in das Verfahren hinein.

Abschließend ist zu sagen, daß die Ansichten von Scholz und Soell in ihrer Prämisse der Ineffektivität des GWB zutreffend sein mögen, ihre Lösungsversuche jedoch praktisch nicht durchführbar sind, weil die Behörde sowohl bei einem weiten Beteiligtenbegriff wie demjenigen von Scholz als auch bei eingeschränktem Ermessen wie bei Soell durch Beiladungen lahmgelegt werden könnte und praktikable Auswahlkriterien nicht angeboten werden. Somit ist davon auszugehen, daß Konkurrenten nur ein subjektiv öffentliches Recht auf fehlerfreien Gebrauch des Ermessens bei der Prüfung ihres Antrages auf Beiladung im Rahmen des § 51 Abs. II Ziff. 4 GWB haben.

b) § 30 GWB

Auch der nichtbeteiligte Konkurrent hat aber noch eine Möglichkeit, seine Meinung der Kartellbehörde vorzutragen aber doch nur im Rahmen eines Eintragungsverfahrens von Wettbewerbsregeln.

Diese hat ihn nämlich nach Auffassung des BGH²⁵⁷ gemäß § 30 GWB anzuhören, damit er seine Stellungnahme abgeben kann²⁵⁸.

Diese Auffassung steht deutlich im Einklang mit dem Wortlaut des Gesetzes, dennoch hat die Entscheidung des BGH Kritik bei Langen²⁵⁹ und Scholz²⁶⁰ gefunden.

Langen meint, daß diejenigen Konkurrenten, die durch die Kartellbehörde angehört werden seien, am Verfahren beteiligt seien und ein Beschwerde-recht hätten.

Diese Auffassung steht weder mit § 30 GWB noch mit § 51 GWB im Einklang, so daß sie abzulehnen ist. Auch die von Langen benannte Entscheidung des KG²⁶¹ stützt seine Auffassung nicht, da in den Entscheidungsgründen § 30 GWB nicht zur Anwendung kommt.

Scholz²⁶² Kritik ist von seiner oben skizzierten Auffassung her zu begreifen, ihm reicht die Anhörung nach § 30 GWB für den Konkurrenten als Äquivalent zur Beiladung nicht aus.

257 B/BGH, 15.7.1966, "Bauindustrie", WuW 76/ ff.

258 ebenso Franzen im Gemeinschaftskommentar, Anm. 1 zu § 30; Müller-Gries-Giessler, Anm. 1 zu § 30.

259 Langen, Anm. 4 zu § 30 GWB.

260 Scholz, a.a.O. S. 6/.

261 B/KG, 29.6.1965 "Bauindustrie III", WuW 75b. Vorinstanz zu B/BGH "Bauindustrie", WuW 77b ff.

262 Scholz a.a.O.

Nach Ansicht des Verfassers kann jedoch an dem klaren Wortlaut des § 30 GWB nicht vorbeidiskutiert werden. Die Kritik von Scholz ist deshalb zurückzuweisen.

§ 30 GWB enthält daher lediglich ein subjektiv öffentliches Recht des Konkurrenten auf Anhörung durch die Kartellbehörde.

3) Materielle Vorschriften

Im materiellen Teil des GWB gibt es nur zu §§ 3, 22, 27 GWB überprüfbare Spruchpraxis; die Meinungsäußerungen zu anderen Normen sind zu ungenau, als daß sie Grundlage einer Würdigung sein könnten²⁶³.

263 zu § 12 GWB lauten die Stellungnahmen der Rechtsprechung:
B/KG, 8.2.1963, "Zigaretten", WuW 544 "Aus § 12 GWB oder einer sonstigen Bestimmung ergibt sich ebenfalls kein Antragsrecht des Beschwerdeführers, das die Erhebung einer Unfähigkeitsbeschwerde rechtfertigen würde."
B/KG, 24.6.1960, "Exportforderung", WuW 392 ff. (395): "Deshalb muß es als zweckmäßig angesehen werden, die Antragsteller als Beteiligte mitwirken zu lassen, und sich nicht mit ihrer Anhörung nach § 53 Abs. 2 GWB zu begnügen oder sie auf den Weg des § 12 GWB zu verweisen."
B/BGH, 14.11.1968, "Taxiflug", WuW/E 999: "Aus dem Vergleich mit § 12 GWB kann entgegen der Meinung der Rechtsbeschwerde schon deshalb nichts gewonnen werden, weil sich der Wortlaut des § 12 Abs. 1 GWB von demjenigen des § 22 Abs. 3 GWB (a.F.) in dem für den vorliegenden Streitpunkt erheblichen Teil unterscheidet. Nach § 12 Abs. 1 GWB hat die Kartellbehörde bei Erfüllung des Mißbrauchtatbestandes die in Abs. 2 bezeichneten Maßnahmen zu treffen, während § 22 Abs. 3 GWB der Kartellbehörde Befugnisse einräumt, von denen sie bei Erfüllung des

Fortsetzung FN. 263:

Eingriffstatbestandes Gebrauch machen kann. Unter diesen Umständen bedarf es keiner näheren Prüfung, ob § 12 den Marktbeteiligten einen Anspruch auf Einschreiten der Kartellbehörde gewährt."

Die Entscheidungen des KG sind lediglich obiter dicta und als solche auf den Einzelfall ausgerichtet und für die Untersuchung, zumal sie auch nicht begründet werden, unbrauchbar.

Der Beschluß des BGH läßt die Frage bewußt offen, obgleich der Verfasser meint entnehmen zu können, daß der BGH, weil er auf das Wort "hat" in § 12 GWB abstellt, zu einem Antragsrecht tendiert. Kritisch dazu Müller-Gries-Giessler, Anm. 2 ff zu § 51.

Zu § 18 GWB läßt sich lediglich eine Antragschrift der Landeskartellbehörde Hessen finden, LKartB Hessen, WuW/E 83 ff, "Stadthalle", in der die Auffassung vertreten wird, daß sich aus § 18 GWB kein Antragsrecht ergebe. Zu einer Entscheidung des OLG kam es jedoch nicht, weil die Beschwerde zurückgenommen wurde. Diese Antragsschrift ist jedoch zu § 18 GWB a.F. ergangen, so daß sie für die Untersuchung keinen aktuellen Wert hat, nachdem § 18 GWB mehrfach novelliert wurde.

Im übrigen schien sich die Behörde ihrer Sache selbst nicht ganz sicher gewesen zu sein, da sie in der Antragsschrift auch darauf einging, ob § 18 GWB materiell vorlag. Dazu hätte sie aber keinen Anlaß gehabt, wenn die Beschwerde schon mangels Antragsrecht als unzulässig zu verwerfen war.

Vgl. den Meinungsstreit in der Literatur bei Schwartz im Gemeinschaftskommentar Rdn. 45 zu § 18; Langen, Anm. 44 zu § 18; v.Köhler, BB 60, 503 ff; ders. NJW 71, 1537 ff; Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, S. 210 ff, 216.

a) § 3 GWB

Die Rechtsprechung²⁶⁴ hat sich in mehreren Entscheidungen mit dem Problem beschäftigt, ob § 3 Abs. 3 Nr. 3 GWB ein subjektiv öffentliches Recht des durch das Rabattkartell betroffenen Unternehmers enthält.

Die Aussage der Judikatur ist m.E. eindeutig; danach haben die Konkurrenten einen Anspruch gegen die Behörde, daß diese der Anmeldung des Kartells widerspricht, wenn nachgewiesen ist, daß sie durch den Kartellvertrag oder den Kartellbeschluß ungerechtfertigt unterschiedlich behandelt werden.

Die Literatur²⁶⁵ hat mit einer Ausnahme²⁶⁶ gegen diese Rechtsprechung keine Bedenken angemeldet.

Scholz²⁶⁶ meint unter Hinweis auf einen Beschluß des BGH²⁶⁷, das Gericht sei der Ansicht, aus § 3 Abs. III Nr. 3 GWB könne kein subjektiv öffentliches Recht hergeleitet werden.

264 B/BGH, 15.7.1966 "Bauindustrie", WuW 777; BIKG, 17.7.1967, "Baukeramik II", WuW 841; BIKG, 26.6.1964, "Linoleum", WuW 679, 682; BIKG, 8.2.1963, "Zigaretten", WuW 543.

265 vgl. Frankfurter Kommentar, § 3 Tz 64; Müller-Gries-Giessler, § 3 Anm. 36; Langen, § 3 Anm. 19; v.Renthe gen. Fink im Gemeinschaftskommentar, Rdn. 97 zu § 3; Rasch-Westrick, Rdn. 6 zu § 51; v.Köhler, BB 1960, 503 ff. (505);

266 Scholz, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, S. 67 ff.

267 B/BGH, 5.12.1963 "Zigaretten", WuW 559 ff, 563 = BGHZ 41, 61 ff.

Nun wird in dieser Entscheidung, wie Scholz²⁶⁸ auch selbst einräumen muß, die Frage gerade offen gelassen. Der BGH²⁶⁹ hat allerdings ausgeführt, "daß die Einräumung eines auch § 3 Abs. 3 Nr. 3 GWB etwa herzuleitenden Antragsrechtes auch für Dritte zu einer mit verfahrensrechtlichen Grundsätzen nicht zu vereinbarenden Rechtsunsicherheit führen würde".

Aus dem Sinnzusammenhang wird aber deutlich, daß der BGH²⁷⁰ nur solche Konkurrenten meint, die nicht innerhalb der Monatsfrist des § 3, Abs. 3, Ziff. 3 GWB tätig geworden sind.

Diese Ansicht ist nach dem Wortlaut der Norm nicht zu beanstanden. Die Kritik von Scholz, der in dieser kurzen Frist eine Nichtbeachtung der Konkurrenzbegünstigung durch § 3 GWB sehen will, geht fehl. Zum Zeitpunkt seiner Untersuchung²⁷¹ war nämlich schon einhellige Auffassung der Rechtsprechung²⁷², daß das nach § 3 Abs. 3 Nr. 3 GWB eingeräumte Widerspruchsrecht nach Ablauf der Widerspruchsfrist ohne weiteres in einen Anspruch auf Erklärung der Unwirksamkeit

268 Scholz, a.a.O. S. 68.

269 BGH, a.a.O. WuW 563.

270 BGH, a.a.O., WuW 562.

271 Scholz, a.a.O., Einführung, Sommersemester 1970.

272 B/KG, 8.2.1963, "Zigaretten", WuW/E, 543 f:
B/KG, 26.6.1964, "Linoleum", WuW/E, 679:
B/KG, 8.4.1965, "Linoleum", WuW/E 683.

nach § 3 Abs. 4 GWB übergeht. Diese Spruchpraxis ist, soweit ersichtlich, in der Literatur²⁷³ ebenfalls nicht auf Widerspruch gestoßen. Somit gehen die Angriffe von Scholz ins Leere, vielmehr ist sonst einmütige Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, daß sich aus §§ 3 Abs. 3 Nr. 3 und 3 Abs. 4 GWB subjektiv öffentliche Rechte der Konkurrenten herleiten lassen. Diese Meinung entspricht dem Wortlaut der Vorschrift, wonach die Kartellbehörde zu widersprechen hat, wenn ein Fall des § 3 Abs. 3 Nr. 3 GWB vorliegt.

Da keine entgegenstehenden Argumente ersichtlich sind, wird dieser Auffassung zugestimmt²⁷⁴.

Etwas anderes könnte bei § 3 Abs. 4 GWB zu gelten haben. Nach dem Wortlaut der Vorschrift kann die Behörde Kartellverträge und Beschlüsse für unwirksam erklären. Der Gebrauch des Wortes "kann" spricht für ein Ermessen der Kartellbehörde.

273 vgl. Hinweise bei FN. 265.

274 vgl. in diesem Zusammenhang die Entscheidung des KG, WuW/E OLG 842 "Baukeramik II", vom 17.7.1967. Dort heißt es in einem obiter dictum: "§ 3 Abs. 3 Nr. 2 GWB verleiht dem Marktbeteiligten kein Recht auf Widerspruch und hat andere tatbestandliche Voraussetzungen als die § 3 Abs. 3 Nr. 3 GWB, vermag also die notwendige gleichmäßige Auslegung der Vorschriften über das Verbot ungerechtfertigter unterschiedlicher Behandlung Marktbeteiligter nicht entbehrlich zu machen." Der Auffassung ist zuzustimmen, da darin Rechte der Newcomer oder unter Umständen, vorbehaltlich einer näheren Prüfung, der Verbraucher, nicht ausgeschlossen sind, die m.E. durch § 3 Abs. 3 Nr. 2 GWB gewährleistet sein müssen.

Das Kammergericht hält in seinem Beschluß vom 8.2.1963²⁷⁵ dieses Argument nicht für stichhaltig.

Es führt aus: "... vielmehr erklärt sich die abweichende Fassung lediglich daraus, daß § 3 Abs. 4 GWB nur das Weiterbestehen einer § 3 Abs. 1 und 3 GWB entsprechenden Eingriffsmöglichkeit nach Fristablauf hervorheben sollte, was unter Hervorhebung des Wortes "kann" ausgedrückt wurde."²⁷⁵

Danach soll "kann" nicht als Ermessen zu verstehen sein, sondern als Recht und Pflicht der Kartellbehörde, auch noch nach Ablauf der dreimonatigen Widerspruchsfrist des § 3 Abs. 3 GWB den Vertrag oder Beschluß für unwirksam zu erklären, wenn die Voraussetzungen des § 3 Abs. 3 Nr. 1 oder Nr. 3 GWB vorliegen.

Die systematische Auslegung im Hinblick auf § 3 Abs. 3 GWB geben dem Kammergericht Recht.

Ebenso die teleologische Auslegung, da die Prüfung der Voraussetzungen des § 3 Abs. 3 Nr. 1 oder Nr. 3 GWB bei einem umfangreichen Einzugsgebiet des Kartells in aller Regel länger als drei Monate dauern werden²⁷⁶.

Es wäre aber eine nicht gerechtfertigte Verkürzung der Ansprüche der Konkurrenten, wenn wegen eines Grundes, der gerade in der wirtschaftlichen

275 KG a.a.O., WuW 543, auf diese Begründung berufen sich auch die anderen Entscheidungen, vgl. FN. 272.

276 vgl. die Rechtsprechung bei FN 272 als Beispiele.

Marktposition und -stärke des Kartells liegt, ihre Rechte beschnitten würden. Auch die Gesetzesmaterialien sprechen nicht gegen diese Auslegung²⁷⁷. Vielmehr ergibt sich aus der Tatsache, daß der Regierungsentwurf²⁷⁷ zunächst keine Ausnahmebestimmung für Rabattkartelle vorsah, daß man von einer besonderen Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch diese Kartelle ausging und entsprechende Rechte der Konkurrenten daher angebracht erschienen.

Somit ist der Rechtsprechung auch in diesem Punkt zuzustimmen.

§ 3 Abs. 4 GWB gewährt danach ein subjektiv öffentliches Recht des durch das Kartell betroffenen Konkurrenten unter den Voraussetzungen des § 3 Abs. 3 Nr. 1 und 3 GWB.

b) § 22 Abs. 5 GWB

In der Spruchpraxis²⁷⁸ wird die Frage, ob § 22 Abs. 5 GWB (§ 22 Abs. 4 GWB a.F.) dem Konkurrenten ein Recht einräumt, eine Mißbrauchsverfügung durch die Kartellbehörde zu beantragen, verneint.

²⁷⁷ vgl. Kurzprotokolle Wirtschaftspolitischer Ausschuß 63, 85, 148, 149, 196, Bericht des Abgeordneten Kurlbaum zu § 1b, nunmehr § 3 in Müller-Henneberg, a.a.O., S. 1176. Die Regierungsvorlage hatte keine Ausnahme für Rabattkartelle vorgesehen; Müller-Henneberg, a.a.O.

²⁷⁸ B/OLG Stuttgart, 3.11.1967, 2 Kart 3/67; B/BGH, 14.11.1968 "Lufttaxi", WuW 995, 998; B/OLG Düsseldorf, 17.12.1970, WuW 1171; B/OLG Celle, 21.2.1973, "Bauleitplan", OLG 1387 ff; B/BKartA, 26.4.1960 "Städtereklame", WuW 196; B/BKartA, 22.4.1960, "Mykawerbung", WuW 320; B/KG, 12.1.1976, NJW 1976, 808 ff, 809.

Dies wird damit begründet, daß die Mißbrauchsaufsicht dem Schutz der Allgemeinheit diene²⁷⁹, außerdem sei der Kartellbehörde ein Ermessen eingeräumt²⁸⁰, und sie könne von daher nicht durch Anträge Dritter zum Handeln gezwungen werden. Im übrigen habe die Beschwerdeführerin in diesem Fall einen Anspruch nach §§ 35, 26 Abs. II GWB, und dieser sei gegenüber einem öffentlichen Anspruch gegen die Behörde vorrangig²⁸¹. Schließlich ergebe sich auch aus der Prüfung der Gesetzesmaterialien, daß ein Antragsrecht nicht vorgesehen sei²⁸². Die herrschende Meinung in der Literatur ist mit der gleichen Begründung wie der BGH der Auffassung, daß sich aus § 22 GWB kein Antragsrecht herleiten läßt²⁸³.

Nun ist dem BGH zwar zuzugeben, daß im Gesetzestext das Wort "kann" steht, so daß von einem Ermessen der Behörde auszugehen ist.

279 OLG Düsseldorf a.a.O., WuW 1172.

280 BGH a.a.O., WuW 998.

281 BGH a.a.O., WuW 998/999.

282 BGH a.a.O., WuW 999.

283 Frankfurter Kommentar, § 22 Tz 71; Nachtrag 1966 zum Gemeinschaftskommentar, Bartholomeyczik, Anm. 12 zu § 22; Rasch-Westrick, Anm. 44 zu § 22; Müller-Gries-Giessler, § 22, Anm. 50; Langen, Rdn. 51 zu § 22; unklar Koenigs, GRUR 1969, 429 ff; a.A. Scholz, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, S. 64 ff, 192 ff.

Es ist aber bereits oben bei der Untersuchung der Schutzgesetzzeigenschaft festgestellt worden, daß die Mißbrauchsaufsicht auch zum Schutz des Konkurrenten durchgeführt wird. Somit steht dem Konkurrenten ein Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch zu, welches bei Ermessensreduzierung auf Null zu einem Antragsrecht erstarken kann²⁸⁴.

Diese Möglichkeit wird von den Zivilrechtlern, die die Mißbrauchsaufsicht nur zum Schutz des Konkurrenten ansehen, nicht behandelt, sie beschränken sich darauf, § 22 GWB in Verbindung mit § 35 GWB als Schutzgesetz anzusehen²⁸⁵. Das Argument des BGH, wonach zivilrechtliche Ansprüche zur Verfügung ständen, ist bereits oben²⁸⁶ widerlegt, es soll später noch näher auf diese Auffassung eingegangen werden.

Die historische Auslegung spricht ebenfalls nicht gegen das Recht des Konkurrenten auf fehlerfreien Gebrauch des Ermessens.

Nun fragt es sich, wie das Ermessen der Kartellbehörde beschaffen ist.

Scholz ist der Auffassung²⁸⁷, daß der Behörde überhaupt kein Ermessen zustehe; vielmehr habe

284 B/KG, 12.1.1976, NJW 1976, 808 ff, 809; ebenso OLG Celle, WuW 1391.

285 vgl. Mestmäcker a.a.O.; Emmerich a.a.O.

286 vgl. bei FN 192.

287 Scholz a.a.O., S. 194.

der Konkurrent das Recht, von der Kartellaufsicht ein Einschreiten zu seinen Gunsten fordern zu dürfen, wenn er durch eine mißbräuchliche Handlungsweise im Sinne des § 22 Abs. III GWB a.F. verletzt werde²⁸⁸.

Für Scholz könnte sprechen, daß sich auch die Monopolkommission in ihrem ersten Sondergutachten zur Mißbrauchsaufsicht²⁸⁹ dafür ausgesprochen hat, daß Personen und Personenvereinigungen, die ein berechtigtes Interesse darlegen, berechtigt sein sollen, die Einleitung von Verwaltungsverfahren durch die Kartellbehörden zu beantragen²⁹⁰. Diese Vorschläge der Kommission beruhen auf der von ihr als wenig wirkungsvoll empfundenen Praxis des § 22 GWB²⁹¹.

Nun ist zu unterscheiden zwischen den Auslegungsmöglichkeiten, die eine Norm bietet und den Veränderungen, die nur durch eine Novellierung zu erreichen sind.

288 Scholz a.a.O., S. 193.

289 Monopolkommission, Sondergutachten 1, Anwendungen und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle, Baden-Baden 1975, Rd 8, S. 10.

290 kritisch Hoffmann, WRP 1975, 272 ff, Möschel, NJW 1975, 753 ff, 757.

291 vgl. Emmerich, NJW 1974, 903, der von drei Verfahren berichtet nach § 22 GWB, die durch Verfügungen abgeschlossen wurden. Die Kommission berichtet von weiteren drei Verfahren aufgrund des neugefaßten § 22 GWB, S. 15, Merck, BP, Hoffmann-La Roche.

Grundsätzlich ist das Ermessen der Behörde an das Verfassungsrecht²⁹² und darüber hinaus auch an die konkret über Art. 20 Abs. 3 GG geltenden Spezialgesetze, bei denen besonders die Zielsetzung des Gesetzgebers zu beachten ist²⁹³, gebunden.

Die Ziele des Gesetzgebers sind mit Baur²⁹⁴ aber nicht nur der Schutz des Konkurrenten gewesen, sondern auch die Verfolgung der gesamtwirtschaftlichen Belange.

Der letztere Schutzzweck würde vernachlässigt, wenn die Behörde keine Zweckmäßigkeitss Gesichtspunkte mehr berücksichtigen könnte und immer zum Einschreiten gezwungen wäre²⁹⁵.

Die Konsequenz von Scholz Auffassung ist die Aufgabe des Dualismus der Mißbrauchsaufsicht und die Rückkehr zur einseitigen Betrachtungsweise der ausschließlich zivilrechtlich orientierten Verfasser²⁹⁶. Deshalb ist dieser Lösungsversuch bedenklich und m.E. abzulehnen.

Bei dem Versuch eines eigenen Lösungsansatzes ist davon auszugehen, daß die Bestimmung des Er-

292 Ehmke, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, 1960, S. 43; Stern, Ermessen und unzulässige Ermessensausübung, 1964, S. 16; Jesch AÖR, Bd. 82, 209; BVerwGE 7, 304, 315.

293 Ehmke, a.a.O.; Stern, a.a.O., S. 25; Scheuner, Der Bereich der Regierung in Festschrift für Smend, S. 267.

294 Baur, Mißbrauchsaufsicht, S. 77.

295 vgl. auch Müschel, NJW 75, 753 ff, 757.

296 vgl. die Nachweise bei FN. 180 ff.

messens der Kartellbehörde von der jetzigen Interessenbewertung her zu erfolgen hat und nicht von den Motiven und Erwartungen des historischen Gesetzgebers.

Um den Unterschied herauszuarbeiten, ist von dem Vorstellungsbild des historischen Gesetzgebers auszugehen.

Dabei stellt sich heraus, daß der Abgeordnete Illerhaus schon einen Gesetzesvorschlag formuliert hatte, der ein Antragsrecht des Konkurrenten vorsah²⁹⁷. Dieser Vorschlag wurde jedoch nicht angenommen.

Bei der entscheidenden Diskussion in der 160. Sitzung ist man von den unterschiedlichsten Meinungen ausgegangen²⁹⁸. Der Vorsitzende Dr. Hellwig meinte, auf ein Antragsrecht könne verzichtet werden, weil nach dem Gesetz jedermann ein Beschwerderecht habe(sic!).

Schließlich setzt sich Professor Böhm gegen die Bedenken von Professor Erhardt durch, wonach der Verzicht auf das Antragsrecht sowie auf eine zwingende Vorschrift zum Eingriff von amtswegen den Vorteil habe, daß die Kartellbehörde nur schwerwiegende Anträge aufgreifen müsse und nicht Bagatellfälle²⁹⁹.

297 Kurzprotokoll 98, Anlage II.

298 Kurzprotokoll 160, S. 2 ff.

299 Kurzprotokoll 160, S. 3.

Bedenken wurden weiter damit beschwichtigt, man solle es zunächst bei der "Kann-Lösung" belassen, im Laufe des Verfahrens könne man nochmals darauf zukommen³⁰⁰. Dies ist jedoch ausweislich der Materialien nicht geschehen.

Die Praxis mit § 22 GWB hat jedoch gezeigt, daß die Erwartungen, die der Gesetzgeber in die Mißbrauchsaufsicht gesetzt hat, sich nicht erfüllt haben. Vielmehr ist ein hoher Anteil der Mißbrauchsverfahren erst auf Anregung betroffener Konkurrenten zustande gekommen³⁰¹.

Daraus ergibt sich, daß nunmehr von einer anderen Interessenbewertung als bei der Kodifizierung des Gesetzes auszugehen ist. Der Rolle des Konkurrenten kommt danach zur Erfüllung beider Gesetzeszwecke eine höhere Bedeutung zu, als der historische Gesetzgeber angenommen hat. Deshalb ist es interessengerecht, wenn man im Regelfall von einer Verpflichtung der Behörde zum Einschreiten ausgeht. Die Vorschrift ist dann wie "die Behörde soll..."³⁰² zu lesen.

Dieser Lösungsversuch hat gegenüber ^{jenigen} dem von Scholz den Vorteil, daß die Behörde nicht in jedem Fall gezwungen ist, einzuschreiten, sondern bei einem atypischen Sachverhalt, bei dem die gesamtwirtschaftlichen Belange nicht mit den Einzelinteressen übereinstimmen, ein Tätigwerden ablehnen kann.

300 Kurzprotokoll 160, S. 4.

301 Sondergutachten 1 der Monopolkommission, Rn 3 ff, 63 ff.

302 vgl. zur Soll-Vorschrift im Verwaltungsrecht statt vieler Wolff I, § 31 II b.

Diese Entscheidung wäre dann gemäß § 70 Abs. 4 GWB entsprechend überprüfbar.

Somit enthält § 22 Abs. 5 GWB im Regelfall ein subjektiv öffentliches Recht auf Einschreiten der Behörde.

c) § 27 GWB

Diese Vorschrift ist die in ihrem öffentlich-rechtlichen Teil unproblematischste Norm des GWB.

Hier ergibt nämlich schon der Wortlaut, daß der Konkurrent ein Antragsrecht gegenüber der Kartellbehörde haben soll. Dies entspricht dann auch der allgemeinen Meinung in Rechtsprechung³⁰³ und Literatur³⁰⁴.

Uneinigkeit³⁰⁵ ist jedoch deshalb entstanden, weil man sich über die Ausübung des Ermessens der Behörde nicht einigen konnte. Hefermehl³⁰⁶, der der Auffassung ist, daß § 22 GWB ein Schutzgesetz im Sinne des § 35 GWB sei, will wegen der zivil-

303 vgl. U/BGH, 25.2.1959 "Sanifa=Großhändlerverband II", WuW 288 ff, 290.

304 Frankfurter Kommentar, Tz 29 zu § 51; Müller-Gries-Giessler, Anm. 2 zu § 51; Baumbach-Hefermehl, Anm. 11 zu § 27; Junge im Gemeinschaftskommentar, Anm. 8 zu § 51; Langen, Anm. 8 zu § 27; Rasch-Westrick, Anm. 1 zu § 27 GWB; Birk, JZ 1972, 343.

305 vgl. die Nachweise bei Frankfurter Kommentar, Tz 51 zu § 27.

306 Baumbach-Hefermehl, Anm. 11 zu § 27 GWB.

rechtlichen Klagemöglichkeit des Konkurrenten nur darauf abstellen, ob die Aufnahme im öffentlichen Interesse liege. Der Frankfurter Kommentar³⁰⁷, der gegen die Schutzgesetzeigenschaft des § 27 GWB votiert, vertritt folgerichtig die Auffassung, daß alle Belange, auch die des Konkurrenten, zu berücksichtigen sind. Die Rechtsprechung nimmt zu dem Problem nicht Stellung³⁰⁸.

Nach der oben festgestellten Bindung des Ermessens ist besonders die Zielsetzung des Gesetzgebers zu beachten³⁰⁸. Legt man diese Maßstäbe zugrunde, so ist zu bedenken, daß § 27 GWB eine Ausprägung des Diskriminierungsverbots enthält³⁰⁹. Derjenige, der Konkurrenten diskriminiert, setzt sich gemäß §§ 35, 26 Abs. 2 GWB Schadensersatz- und Unterlassungsansprüchen aus und verhält sich nach § 38 Ziff. 8 GWB ordnungswidrig und kann mit einem Bußgeld belegt werden.

Daraus kann man den Grad der Mißbilligung dieses Verhaltens durch den Gesetzgeber ersehen.

Die Kartellbehörde wird deshalb im Regelfall eine Verfügung nach § 27 GWB aussprechen müssen und kann dies nur bei atypischem Verhalten verweigern³¹⁰.

307 Frankfurter Kommentar a.a.O.

308 Ehmke a.a.O., S. 43; Stern, a.a.O. S. 25; Scheuner, Der Bereich der Regierung, in: Festschrift für Smend, S. 267.

309 vgl. FN 223.

310 Die Kurzprotokolle des Wirtschaftspolitischen Ausschusses Nr. 168a, 169, 197 sowie die Regierungsbegründung und der Ausschlußbericht a.a.O. sind zu dieser Frage unergiebig.

Die Vorschrift ist deshalb wie "die Kartellbehörde soll auf Antrag" zu lesen.

Somit hat der Konkurrent im Regelfall ein subjektiv öffentliches Recht auf den Erlass einer Anordnung nach § 27 GWB durch die Behörde.

Zusammenfassung

Nach der Auffassung der Spruchpraxis lassen sich aus §§ 3, Abs. 3, Abs. 4; 27; 30 subjektive öffentliche Rechte der Konkurrenten herleiten.

§ 22 GWB gewährt kein subjektiv öffentliches Recht. § 51 Abs. II Ziff. 4 GWB ist kein Recht auf Beiladung zu entnehmen. Diese steht vielmehr im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde.

Allgemein ist an der Spruchpraxis zu bemängeln, daß sie sich höchst selten, obgleich Spezialkammern und Spezialsenate³¹¹ die Rechtsachen behandeln, mit den verschiedenen Literaturmeinungen auseinandersetzen. Nach der hier vertretenen Auffassung ergibt sich auch aus § 22 GWB im Regelfall ein Antragsrecht des Konkurrenten. Im übrigen konnte den Ergebnissen der Spruchpraxis zugestimmt werden.

311 vgl. z.B. §§ 82, 87, 89, 92, 93, 95, 96 GWB.

E. Gleichwertigkeit der Rechte

Die Rechtsprechung³¹² hat sich auch mit dem Problem befaßt, das sich aus der Überschneidung von subjektiv privatem und subjektiv öffentlichem Recht und der daraus resultierenden Konkurrenz ergibt.

In diesen Entscheidungen wird der Grundsatz aufgestellt, daß, sobald sich ein zivilrechtlicher Anspruch, der sich auf die Abwehr rechtswidrigen Verhaltens eines Unternehmens richtet, nach seinen Voraussetzungen im Inhalt mit einer im Verwaltungsverfahren vorgesehenen Maßnahme deckt, so in der Regel ein öffentlich rechtlicher Anspruch auf Durchführung einer solchen Maßnahme ausgeschlossen ist³¹³.

Diese These von der Subsidiarität des subjektiv öffentlichen Rechtes hat zunächst der BGH³¹³ in seiner "Taxiflug-Entscheidung" aufgestellt. Der Gedanke ist dann vom OLG Celle³¹⁴ weiter entwickelt worden. Das OLG sieht zwar die Möglichkeit des Rechtes des Konkurrenten auf fehlerfreien Ermessensgebrauch durch die Kartellbehörde.

312 B/BGH, 14.11.1968, "Lufttaxi I", WuW 998 ff = GRUR 1969, 429 ff. m. Anm. Koenigs, GRUR 1969, 432 ff. = WRP 1969, 151 ff. m. Anm. Lipps, WRP 1969, 368 ff. = BGHZ 51, 61 ff; B/OLG Celle, 21.2.1973, "Bauleitplan", WuW 1387.

313 BGH a.a.O., WuW 998.

314 OLG Celle a.a.O., WuW 1391.

Es legt dar, daß dieses Recht nur bei einem Ermessensfehler relevant wird.

Ein Ermessensfehler der Behörde würde jedoch bedeuten, daß tatsächlich der Mißbrauch des marktbeherrschenden Unternehmens so groß war, daß die Konkurrenten gleichzeitig einen Unterlassungsanspruch aus §§ 35, 26 GWB gehabt hätten. In einem solchen Fall wäre aber nach der BGH-Rechtsprechung gerade ein Anspruch gegen die Behörde ausgeschlossen³¹⁴.

Folglich hat nach dieser Rechtsprechung der Konkurrent zwar pro forma ein subjektiv öffentliches Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch; dieser Anspruch kann aber nie durchgreifen, weil dann, wenn ein Ermessensmißbrauch der Behörde vorliegt, der Konkurrent einen zivilrechtlichen Anspruch hat, der dem öffentlich-rechtlichen vorgeht.

Der BGH beruft sich zur Begründung seiner Meinung auf die "Sanifa-Entscheidung"³¹⁵, auf Urteile der OVG Lüneburg³¹⁶ und Münster³¹⁷ sowie auf die Ansicht von Peters³¹⁸ und Bachof³¹⁹.

Es erscheint zweifelhaft, ob diese Zitate die Ansicht des BGH stützen.

315 BGHZ 29, 344, 348 = WuW/E 289, 290.

316 OVG Lüneburg, in DVB1 60, 648.

317 OVG Münster in DVB1 67, 546.

318 Peters, DVB1 1968, 547, 548 ff. Dabei handelt es sich um ein Fehlzitat. Die richtige Fundstelle lautet: DÖV 68, 547 ff.

319 Bachof, DVB1 61, 128 ff.

In der "Sanifa-Entscheidung" geht der BGH gerade davon aus, daß der Konkurrent neben seinem Antragsrecht gegenüber der Kartellbehörde auch zivilrechtliche Ansprüche hat. Er hat mit diesem Urteil also erst die Möglichkeit der Anspruchs-konkurrenz geschaffen.

Die Hinweise auf die Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte vermögen nicht zu überzeugen, da es sich dort um Rechtsstreitigkeiten aus dem Polizeirecht handelt. Diese speziell gelagerten Fälle können nicht zu einer Begründung für das Subsidiaritätsprinzip im Kartellverwaltungsrecht herangezogen werden³²⁰. Dem Polizei- und Ordnungsbehördenrecht ist zwar ein Subsidiaritätsprinzip bekannt, das aber gerade im allgemeinen Verwaltungsrecht nicht gilt.

So gibt es eine Vielzahl von Entscheidungen des BVerwG³²¹, die davon ausgehen, daß die Durchsetzung eines subjektiv öffentlichen Rechtes nicht von der vorherigen Ausschöpfung zivilrechtlicher Abwehransprüche abhängig gemacht wird.

Es hätte daher einer näheren Begründung des BGH bedurft, wenn er Grundsätze des Polizeirechtes auf das wesensverschiedene Kartellrecht übertragen wollte.

320 ebenso Lipps, WRP 69, 368, kritisch auch Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 96 ff; Soell im Ergebnis, Beiladung, a.a.O. S. 445 ff.

321 BVerwGE 11, 245 ff, 246 ff; 11, 331 ff; 3, 237 ff, 240; 30, 136 ff; DVBl 69, 669, 670 m.Anm. Fromm DVBl 69, 670 ff.

Der Aufsatz von Peters ist nicht einschlägig; es handelt sich dabei um Probleme des Baurechts.

Was schließlich die Urteilsanmerkung von Bachof angeht, so handelt es sich dabei um ein Urteil, in dem gerade, entgegen der BGH-Meinung, das BVerwG deutlich zum Ausdruck bringt, daß das Subsidiaritätsprinzip nicht gilt. Bachof stimmt dieser Entscheidung im Ergebnis zu und kritisiert sie nur aus dogmatischen Erwägungen³²².

Zusammenfassend läßt sich daher sagen, daß die Auffassung des BGH durch die Belegstellen nicht gedeckt wird. Die Entscheidung des BGH ist deshalb in der Literatur³²³ überwiegend abgelehnt worden.

Koenigs³²⁴ stimmt dem Beschluß des BGH zwar zu, macht aber die Einschränkung, es müsse zusätzlich geprüft werden, ob dem betroffenen Konkurrenten nicht zugemutet werden könne, seine Rechte ohne Inanspruchnahme der Kartellbehörde auf dem Zivilrechtsweg durchzusetzen. Dies sei deshalb erforderlich, damit die Kartellbehörde ohne Zwang Dritter über den zweckmäßigen Einsatz

322 Bachof, a.a.O.

323 Lipps a.a.O.; Scholz a.a.O.; Soell a.a.O.; Weinhardt, Die Klagebefugnis der Konkurrenten, S. 99 ff; a.A. Koenigs, GRUR 1969, 432 ff.

324 Koenigs a.a.O.

nach pflichtgemäßem Ermessen selbst entscheiden kann. Mit diesen Argumenten hat sich der Verfasser bereits bei § 22 GWB auseinandergesetzt und sie dort als nicht stichhaltig gewürdigt.

Die Kritiker³²⁵ der Rechtsprechung begründen ihre Ansicht im wesentlichen mit den vorgetragenen Bedenken.

Das Problem der Konkurrenz der subjektiv privaten und subjektiv öffentlichen Rechte läßt sich nicht, wie der BGH dies meint, mit dem Subsidiaritätsprinzip lösen.

Vielmehr handelt es sich um ein Problem des Rechtsschutzbedürfnisses, welches immer dann fehlt, wenn der Kläger auf leichterem oder einfacherem Weg zum Ziel kommen kann^{326,327}.

Die These des BGH wäre also dann richtig, wenn der Zivilrechtsweg für den Kläger einfacher oder leichter wäre als der Verwaltungsrechtsweg. Dies läßt sich jedoch nicht feststellen, vielmehr wird dem Kläger mit der Antsermittlungsmaxime des

325 vgl. FN. 323.

326 Allorio ZZP 67, 321; Baumgärtel ZZP 67, 423; Rosenberg-Schwab, § 93 IV, Schönke AcP 150, 216 und die gesamte Kommentarliteratur vor § 253 ZPO.

327 ebenso Scholz, a.a.O. S. 96.

Verwaltungsverfahren eher gedient sein als mit der Parteimaxime im Zivilprozeß³²⁸. Der Verfasser will die Unterschiede zwischen den beiden Rechtswegen an dieser Stelle nicht weiter vertiefen, sondern sie später im Zusammenhang behandeln^{328a}. Im übrigen ist der Streitgegenstand der Klage zwischen den Konkurrenten ein anderer als bei einem Verwaltungsstreit gegen die Behörde. Danach läßt sich das Rechtsschutzbedürfnis nicht verneinen.

Somit steht dem Konkurrenten sowohl der Weg über die Klage aus § 35 GWB als auch derjenige eines Verwaltungsverfahrens offen. Eine Subsidiarität oder ein mangelndes Rechtsschutzbedürfnis läßt sich nicht feststellen.

Der Auffassung der Rechtsprechung kann daher nicht gefolgt werden.

Allerdings könnten sich aus dem Urteil des BGH zu § 1 GWB "Krankenhaus-Zusatzversicherung" Aspekte ergeben, die auf eine Abkehr des Gerichtes von der "Taxiflug-Entscheidung" hindeuten.

Dort heißt es nämlich: "Schließlich braucht sich ein Unternehmen bei der drohenden Gefährdung seiner Interessen am freien Wettbewerb auf einem bestimmten Markt nicht allein auf das Eingreifen der zuständigen Kartellbehörde verlassen zu lassen"³³⁰.

328 vgl. U/BGH, 9.4.1970, "Biesenkate II", WuW 1117. In diesem Urteil hebt der BGH die besondere Bedeutung der Amtsermittlungsmaxime für eine einheitliche Anwendung des Kartellrechtes hervor.

328a vgl. Kapitel F.

329 BGH NJW 75, 1223 ff, 1225.

330 BGH a.a.O., S. 1225 r.Sp. Unterstreichung vom Verfasser.

Es erscheint daher möglich, daß nunmehr auch der BGH davon ausgeht, daß die beiden Rechtsschutzmöglichkeiten gleichberechtigt nebeneinander ausgenützt werden können. Nach der Stellung des Satzes in den Entscheidungsgründen und bei der Fallgestaltung selbst ist es aber auch denkbar, daß für den BGH diese Interpretationsmöglichkeit nicht ersichtlich oder von ihm gewollt war³³¹.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß entgegen der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung die Konkurrenten wählen können, ob sie von ihrem subjektiv privaten oder subjektiv öffentlichen Recht Gebrauch machen wollen.

331 vgl. den nachgebildeten Sachverhalt bei FN. 130.

F. Die streitige Durchsetzung der Rechte des Konkurrenten

In diesem Teil der Arbeit sollen die Probleme untersucht werden, die sich dem Konkurrenten stellen, wenn er versucht, sein Recht durchzusetzen. Dabei werden Probleme der Prozeßkosten, der Beweisführung und der Dauer des Verfahrens sowohl beim Zivil- als auch beim Verwaltungsrechtsstreit behandelt.

I. Prozeßkostenvorschuß beim subjektiv privaten Recht

Beim subjektiv privaten Recht, also bei Ansprüchen nach § 35 GWB, ist eine Klage bei dem zuständigen Landgericht anhängig zu machen, § 87 GWB.

Dies bedeutet gemäß § 78 ZPO, daß die Vertretung durch einen Rechtsanwalt unabdingbar erforderlich ist.

§ 111 Abs. 1 GKG und § 17 BRAGebO sehen vor, daß sowohl das Gericht als auch der Rechtsanwalt vor Beginn ihrer Tätigkeit einen Gebührenvorschuß fordern können, dessen Höhe sich nach dem Streit- bzw. Gegenstandswert richtet. Das Gericht ist nach § 111 Abs. 1 GKG gezwungen, einen Vorschuß zu verlangen, der die Höhe einer vollen Gebühr nach dem festgesetzten Streitwert hat, ehe Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt wird.

Nach dem Wortlaut der Bestimmung des § 17 BRAGebO kann der Rechtsanwalt einen Vorschuß verlangen.

Es besteht aber allgemeine Übung unter den Rechtsanwälten, ohne Zahlung eines angemessenen Vorschusses die Tätigkeit für den Mandanten nicht aufzunehmen. Dieses Verhalten ist nach allgemeiner Meinung auch nicht standeswidrig³³².

Nun wird der Streitwert in Kartellsachen, dessen Höhe für die Berechnung der Gebühren entscheidend ist, grundsätzlich eine nicht unbeträchtliche

332 vgl. statt vieler Schumann-Geißinger, Kommentar zu BRAGebO, 2. Aufl. 1974 ff, Anm. 3, EGHZ 8, 140.

Größe erreichen. Dies liegt in der Eigenart der Ansprüche des Konkurrenten, die regelmäßig zum Ziel haben werden, eine bestimmte Wettbewerbsbehandlung eines anderen Unternehmens verbieten zu lassen oder Schadensersatz für eine Umsatzeinbuße zu verlangen. Es ist leicht vorstellbar, daß in solchen Fällen Streitwerte von über 100.000 DM keine Seltenheit sind³³³.

Welche Beträge bei einem Rechtsstreit, der einen Streitwert von 100.000 DM hat, aufzubringen sind - insbesondere nach der Kostennovelle vom 20.8. 1975³³⁴, die am 15.9.1975 in Kraft trat - zeigt das nachstehende Berechnungsbeispiel:

Eine volle Gerichtskostengebühr, die eingezahlt werden muß, damit Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt wird, beträgt bei 100.000 DM Streitwert:

812,-- DM.

Hinzu kommen noch 3,-- DM Zustellungskosten. Der Rechtsanwalt verlangt üblicherweise als Vorschuß gemäß § 31 Ziff. 1 und Ziff. 2 BRAGebO zwei Gebühren, nämlich die Prozeßgebühr und Verhandlungsggebühr. Dies läßt sich damit begründen, daß für die Fertigung der Klageschrift die Prozeßgebühr entsteht und für die Stellung des Antrages aus der Klageschrift in der mündlichen Verhandlung die Verhandlungsggebühr³³⁵. Da es aber Ziel

333 vgl. Soell, Beiladung und Konkurrentenschutz, a.a.O. S. 443; Pastor, Der Wettbewerbsprozeß, Kap. 46; Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 99, 119; für das amerikanische Recht, Mailänder, Privatrechtliche Folgen unerlaubter Kartellpraxis, S. 13 ff; allgemein zu dem Problem Fechner, JZ 1969, 349 ff, 351; Däubler, BB 1969, S. 548; rechtsvergleichend mit dem amerikanischen Recht, Kötz, Klagen Privater im öffentlichen Interesse, Sonderdruck aus Arbeiten zur Rechtsvergleichung, S. 72 ff.

334 Gesetz zur Änderung des Gerichtskostengesetzes usw. BGBl 2819.

335 vgl. die gesamte Kommentarliteratur zu § 31 BRAGebO.

des Rechtssuchenden ist, den Rechtsstreit voran zu treiben und dieser im Prinzip erst mit der Verlesung der Anträge beginnt³³⁶, werden auf jeden Fall diese zwei Gebühren zur Entstehung gelangen.

Zwei Anwaltsgebühren betragen bei einem Streitwert von 100.000 DM ohne Mehrwertsteuer und Auslagenpauschale

2.860,-- DM.

Der Mandant muß also zunächst, ehe der Rechtsstreit in erster Instanz beginnen kann,

3.675,-- DM

aufbringen.

Bei dieser Summe ist es naheliegend, daß die nächste Frage des Mandanten das Kostenrisiko der ersten Instanz betrifft. Dieses Kostenrisiko umfaßt, da das deutsche Gesetz nach § 91 ZPO die Kostentragungslast des Verlierenden kennt, die gesamten Gerichtskosten und die Gebühren beider Anwälte.

Bei der Berechnung ist davon auszugehen, daß grundsätzlich eine Beweisaufnahme stattfinden wird, so daß sowohl für das Gericht als auch

336 Auch nach § 272b Ziff. 4 ZPO geladene Zeugen können nicht gehört werden, wenn keine Sachanträge gestellt werden. Dies ergibt sich daraus, daß das Nichtverhandeln einer Partei der Säumnis gleichgestellt ist, so daß auf Antrag Versäumnisurteil zu ergehen hat, § 333 ZPO.

für die beiden Anwälte je eine Beweisgebühr entstehen wird, § 25 GKG, § 31 BRAGEBO.

Dies bedeutet eine Summe von sechs Rechtsanwaltsgebühren ohne Mehrwertsteuer und drei Gerichtsgebühren in Höhe von

11.016,-- DM.

Bei dieser Berechnung sind Zeugengebühren und Sachverständigenkosten, die häufig in beträchtlicher Höhe anfallen, noch unberücksichtigt³³⁷.

Der Konkurrent, der eine Klage gegen ein anderes Unternehmen anstrengt, wird sich, wenn er zu diesem Schritt entschlossen ist, im Regelfall in wirtschaftlicher Bedrängnis befinden. Es ist leicht vorstellbar, daß er seinen Plan, einen Rechtsstreit zu führen, aufgeben wird, wenn er dieses Kostenrisiko allein für die erste Instanz hört.

Nun kennt das geltende Recht die Möglichkeit, Befreiung von den Gerichtsgebühren unter den Voraussetzungen des § 111 Abs. 6 GKG zu erlangen.

Die eine Möglichkeit ist nach § 111 Abs. 6 Ziff. 3 und 4 GKG, daß der Anspruchsteller glaubhaft macht, daß ihm die alsbaldige Zahlung der Gebühr mit Rücksicht auf seine Vermögenslage oder aus sonstigen Gründen Schwierigkeiten bereitet oder daß eine Verzögerung dem Antragsteller einen nicht

337 vgl. Soell, a.a.O.

oder nur schwer zu ersetzenden Schaden bereitet. Zur Glaubhaftmachung genügt in diesem Fall die Erklärung des Prozeßbevollmächtigten.

Bei der Überprüfung im ersten Falle ist ohne Belang, ob die Klage aussichtsreich ist³³⁸. Auch juristische Personen können in den Genuß dieses Gebührenvorteils kommen³³⁹. Der in der Praxis häufigste Fall der zweiten Alternative ist die drohende Verjährung. Allerdings genügt auch eine sonstige Gefährdung, es muß nicht gleich die praktische Rechtsvernichtung wie die Verjährungseinrede eingreifen.

Allerdings hat § 111 Abs. 6 GKG den Nachteil, daß bei Vorliegen der Voraussetzungen nur die mündliche Verhandlung ohne Kostenvorschuß anberaumt wird, die Tilgung der anderen Gebühren steht dabei noch ungeklärt im Raum, insbesondere die Rechtsanwaltsgebühren, die einen Löwenanteil des Kostenrisikos enthalten.

Diese Nachteile vermeidet das Institut des Armenrechts³⁴⁰. Danach ist einer Partei einstweilige Kostenbefreiung von den Gerichtskosten - also auch Kosten der Zeugen und Sachverständigen³⁴¹ sowie den Rechtsanwaltsgebühren³⁴² zu gewähren,

338 Lauterbach-Hartmann, Kostengesetze, 17. Auflage 1973, Anm. 7 B zu § 111 GKG.

339 Lauterbach-Hartmann a.a.O.

340 vgl. umfassend Bruno Bergerfurth, Das Armenrecht, München 1971.

341 § 115 Ziff. 1 ZPO.

342 § 115 Ziff. 3 ZPO.

soweit die Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet, nicht mutwillig erscheint und die Partei nicht in der Lage ist, ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie notwendigen Unterhalts³⁴³ die Kosten des Rechtsstreites zu bestreiten, § 114 Abs. 1 ZPO, § 111 Abs. 6 Ziff. 2 GKG. Nach allgemeiner Meinung bestimmt sich der notwendige Unterhalt grundsätzlich nach den Vorschriften der §§ 27 II, 76 ff, 79 ff. BSHG³⁴⁴. Wer also Sozialhilfe bezieht, ist in aller Regel arm³⁴⁵.

Nun sind freilich Rechtsstreitigkeiten denkbar wie im oben erörterten Beispielfall, bei denen die zu vorauslegenden Summen so hoch sind, daß auch derjenige "arm im Sinne des Gesetzes" ist, der ein Einkommen hat, welches beträchtlich über dem Sozialhilfesatz liegt.

Dennoch muß eine solche Partei noch die Hürde der "hinreichenden Aussicht auf Erfolg" nehmen. Der Erfolg muß zwar nicht gewiß sein, aber immerhin muß nach den vorhandenen Gegebenheiten eine gewisse Wahrscheinlichkeit bestehen³⁴⁶.

343 kritisch Däubler, BB 1969, 545 ff, 551, der den notwendigen Unterhalt in den angemessenen Unterhalt gemäß § 1610 BGB umgewandelt wissen will; Schneider, Das Sozialstaatsprinzip in der Praxis der Rechtsprechung, 1972, S. 135 ff; Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 255 ff, der der Auffassung ist, daß nur, wenn jede Erfolgsaussicht fehlt, das Armenrecht verweigert werden darf.

344 So die gesamte Kommentarliteratur zu § 114 ZPO.

345 statt vieler LG Mannheim ZMR 74, 337.

346 so die gesamte Kommentarliteratur zu § 114 ZPO.

Dabei hat der Antragsteller den Sachverhalt unter Angabe der Beweismittel darzulegen, § 118 Abs.

III ZPO.

Dies kann schon in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten machen, da die Untersuchung bei den unbestrittenen Schutzgesetzen §§ 25, 26 GWB gezeigt hat, welche schwierig zu beweisenden Voraussetzungen diese Normen haben³⁴⁷.

Wie nun, wenn der Kläger diesen Schwierigkeiten aus dem Weg gehen will und seine Klage auf §§ 22, 35 GWB stützt, die verhältnismäßig wenig Voraussetzungen haben?

In der Klageschrift läßt er durch seinen Rechtsanwalt vortragen, daß das Unternehmen X durch mißbräuchliches Verhalten im Wettbewerb ihm eine Umsatzeinbuße von 100.000,-- DM eingebracht habe. Für das Eingreifen der Vermutung der Marktherrschaft im § 22 Abs. 3 GWB tritt er Beweis durch Sachverständigengutachten an. Seine Armut weist er durch starken Umsatzrückgang nach, den der Konkurrent X verschuldet habe. Er lebe mit seiner Familie von Einkünften, die den Sozialhilfesatz kaum übersteigen.

Wird das Landgericht A das Armenrecht für die Klage bewilligen oder wird es die Auffassung vertreten, der BGH habe diese Rechtsfrage bereits entschieden, die Rechtsverfolgung sei daher aussichtslos?!

347 zu Beweisfragen wird noch gesondert Stellung genommen.

Grundsätzlich herrscht in der Literatur die Meinung³⁴⁸ vor, daß bei schwierigen und noch nicht eindeutig geklärten Rechtsfragen das Armenrecht stets zu bewilligen ist. Selbst wenn man in vorstehendem Beispielfall einmal großzügig ist und die Rechtsfrage für noch nicht eindeutig geklärt hält, wird der Kläger jedoch in praxi voraussichtlich keinen Erfolg haben. So hat das Kammergericht vor kurzem entschieden, daß auch solche Rechtsfragen im Armenrechtsprüfungsverfahren abschließend zu klären sind³⁴⁹.

Dies bedeutet, da gemäß § 127 ZPO gegen die Verweigerung des Armenrechtes nur Beschwerde und keine weitere Beschwerde zugelassen ist, daß das jeweilige Oberlandesgericht in letzter Instanz entscheiden würde.

Hinzu kommt noch, daß diese Entscheidung im summarischen Verfahren des § 118a ZPO erfolgt.

Der Beschluß des KG hat zwar vielfach in der Literatur Kritik³⁵⁰ gefunden, und es gibt auch eine entgegenstehende Entscheidung des OLG Stuttgart³⁵¹,

348 Baumbach-Lauterbach-Hartmann, 33. Aufl., Anm. 2c zu § 114 ZPO; Wieczorek, 2. Aufl., Anm. B III b 1; Zöllner-Mühlbauer, 11. Aufl., Anm. 1b zu § 114; Thomas-Putzo, 8. Aufl., Anm. 2a zu § 114.

349 KG NJW 70, 476.

350 Baumbach-Lauterbach-Hartmann a.a.O.; Thomas-Putzo a.a.O.; Zöllner a.a.O.

351 vgl. Stuttgart MDR 65, 492.

dennoch kann in der täglichen Praxis nicht festgestellt werden, daß die Auffassung des KG, die der zeitlich letzte Beschluß eines Gerichtes zu dieser Frage ist, vereinzelt³⁵² dasteht.

Es liegt nahe anzunehmen, daß das OLG als Beschwerde-Instanz bei summarischer Prüfung nicht von der Auffassung des BGH zu § 22 GWB abweichen wird, so daß der Kläger im Beispielfall auf seine Klage verzichten muß.

Die Schwierigkeiten für einen Konkurrenten verstärken sich noch, wenn dieser seine Unternehmung, wie häufig, als juristische Person organisiert hat, etwa in der Form einer "Ein-Mann-GmbH".

In diesem Fall sieht nämlich § 114 Abs. IV ZPO vor, daß einer juristischen Person neben den schon erörterten Voraussetzungen nur dann das Armenrecht bewilligt werden kann, wenn die zur Führung des Prozesses erforderlichen Mittel weder von ihr noch von den an der Führung des Prozesses wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die Unterlassung der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung allgemeinen Interessen zuwiderlaufen würden.

Wirtschaftlich beteiligt ist jeder, auf dessen Vermögenslage sich der Sieg oder das Unterliegen der Partei wirtschaftlich auswirkt.

352 vgl. OLG Düsseldorf, WuW/E OLG 1171 zu der Frage, ob § 22 GWB ein Antragsrecht gewährt.

Die Rechtsverfolgung liegt dann im allgemeinen Interesse, wenn z.B. der Zusammenbruch der juristischen Person weittragende gemeinwirtschaftliche Nachteile hätte³⁵³. Dies wird jedoch grundsätzlich dann nicht der Fall sein können, wenn es sich um einen Konkurrenten handelt, der durch das Verhalten anderer Unternehmen in wirtschaftliche Bedrängnis geraten ist.

Wäre nämlich der Konkurrent wirtschaftlich so bedeutend gewesen, daß sein Zusammenbruch die Allgemeinheit berühren kann, so wäre er kaum in eine Prozeßsituation gekommen, die ihn das Armenrecht begehren ließe.

Berücksichtigt man schließlich noch, daß es streitig ist, ob das Gericht ein Ermessen bei der Bewilligung hat³⁵⁴ oder ob das Wort "kann" lediglich die Einbeziehung in den Machtkreis des Gerichts bedeutet³⁵⁵, so reicht die Phantasie des Verfassers nicht aus, sich einen Fall vorzustellen, wann tatsächlich einer juristischen Person das Armenrecht bewilligt werden muß³⁵⁶.

353 h.M. Stein-Jonas-Pohle, Kommentar zur ZPO, 19. Aufl., 1972 ff., § 174, Anm. V; Wieczorek, a.a.O., Anm. E II; Baumbach-Lauterbach, a.a.O. Anm. 5 A; Zöllner a.a.O., Anm. 4.

354 so Wieczorek a.a.O., Anm. E; Baumbach-Lauterbach a.a.O., Anm. 5 B.

355 so Stein-Jonas a.a.O., Anm. V 2; Rosenberg-Schwab, Lehrbuch zum Zivilprozeß, 11. Aufl. 1974, § 82 II 1c.

356 Tatsächlich ist auch in keinem Rechtsstreit, der von der Kommentarliteratur zitiert wird: BGHZ 25, 185; BGH NJW 65, 585; LG Kassel MDR 54, 45; BFH, NJW 1974, 256; das Armenrecht bewilligt worden.

Danach ist die arme juristische Person auf die Mithilfe der wirtschaftlich Beteiligten angewiesen, im übrigen aber rechtlos gestellt.

Bei dieser Situation liegt es nahe anzunehmen, wie dies Däubler³⁵⁷ tut, daß § 114 Abs. 4 ZPO verfassungswidrig sei, weil Art. 19 Abs. 3 GG nicht berücksichtigt wird, wonach die Grundrechte auch für juristische Personen, soweit ihrem Wesen nach auf sie anwendbar, gelten. Dies müsse auch für den Justizgewährungsanspruch uneingeschränkt bejaht werden, so daß juristische Personen unter gleichen Voraussetzungen das Armenrecht zu gewähren sei wie natürlichen Personen.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich in einem Beschluß vom 3.7.1973 mit dieser Frage befaßt und ausgesprochen, daß die Regelung für inländische juristische Personen in § 114 Abs. 4 ZPO nicht gegen das Grundgesetz verstößt³⁵⁸. Es hat seine Entscheidung in erster Linie damit begründet, daß z.B. für die GmbH Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung ebenso für die AG Konkursgründe seien.

Daraus schließt das Bundesverfassungsgericht, daß die Kapitalgesellschaft nur dann eine Existenzberechtigung habe, wenn sie aus eigener Kraft ihre Ziele verfolgen könne³⁵⁹.

357 Däubler, BB 1969, 545 ff, 551.

358 BVerfG, NJW 1974, 229 ff.

359 BVerfG, NJW 1974, 230.

Diese Begründung erscheint, wenn man das nachstehende Beispiel bedenkt, fragwürdig.

Derjenige Gesellschafter, der aus seiner "Einnmann-GmbH" so viel Einkommen herauszieht, daß er davon für sich und seine Familie den notwendigen Unterhalt bestreiten kann, erhält kein Armenrecht für seine GmbH, obgleich diese weder zahlungsunfähig noch überschuldet ist.

Im konkreten Einzelfall hat zwar das Bundesverfassungsgericht den armenrechtsverweigernden Beschluß wegen Verletzung des Art. 14 GG aufgehoben. Dies ändert jedoch nichts an der grundsätzlichen Erwägung des Gerichts. Eine weitere Kritik an den Beschluß ist jedoch müßig, da zur Zeit lediglich noch eine Novellierung eine Änderung bringen könnte.

Wie diese Novellierung aussehen könnte und ob sie erforderlich ist, wird später noch zu behandeln sein. Feststeht jedenfalls, daß der Konkurrent im Wege des Armenrechtes praktisch keine Aussichten hat, dem Kostenrisiko zu entgehen.

Zwar ist einzuräumen, daß dies nicht nur an der Schranke der mangelnden Erfolgsaussicht liegen mag sowie an § 114 Abs. 4 ZPO, sondern auch daran, daß der Rechtsstreit lediglich zu einer wirtschaftlichen Belastung führen würde, der den potentiellen Antragsteller vom standesgemäßen zum notwendigen Lebensunterhalt bringen wird.

Diese Aussicht wird auch abschreckend genug auf den Konkurrenten wirken, von seinem Klagebegehren abzulassen.

Nun wird man versucht sein, dem Verfasser entgegenzuhalten, dies seien alles Scheinprobleme; denn fast jeder Unternehmer habe zur Abdeckung dieses Risikos eine Rechtsschutzversicherung abgeschlossen.

In diesem Zusammenhang ist auf die "Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung" der Versicherer³⁶⁰ hinzuweisen (ARB). Dort heißt es unter § 4 Abs. 1e ARB:

- "(1) Der Versicherungsschutz bezieht sich, soweit sich aus den besonderen Bestimmungen nichts anderes ergibt, nicht auf die Wahrnehmung rechtlicher Interessen
- a)
 - b)
 - c)
 - d)
 - e) aus dem Bereich des Patent- und Urheberrechtes, des Warenzeichen-, Geschmacksmuster- und Gebrauchsmusterrechtes und sonstigen Rechtes aus geistigem Eigentum sowie des Kartellrechtes und bei der Geltendmachung oder Abwehr von Unterlassungsansprüchen aus dem Bereich des Wettbewerbs-, des Rabatt- und des Zugaberechtes;"

360 genehmigt durch Verfügung des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungs- und Bausparwesen vom 30.12.1968, -Gesch.Z.: VI-528-19/68 ARB 69-02691-VK- abgedruckt als Anhang z.B. bei Arnd Herrmann, Probleme des Prozeßkostenrisikos unter besonderer Berücksichtigung des Armenrechtes, Kiel 1973.

Aus den besonderen Bestimmungen ergibt sich nichts, wonach dieser Risikoausschluß für das Kartellrecht wieder rückgängig gemacht wird.

Dies bedeutet, daß das Argument hinsichtlich einer Versicherungsmöglichkeit des Kostenrisikos nicht stichhaltig ist, weil die Rechtsschutzversicherer solche Versicherungen nicht vornehmen.

Dem Gesetzgeber sind die Probleme, die sich aus dem erhöhten Kostenrisiko bei Wettbewerbsprozessen im weitesten Sinne ergeben, bekannt.

Bereits im Jahre 1936 ist nämlich im Patentgesetz³⁶¹ ein § 53 PatG vorgesehen gewesen, der es möglich machte, unter bestimmten Voraussetzungen den Streitwert herabzusetzen.

Dieser Paragraph ist auch bei der Neufassung des Gesetzes vom 2.1.1968³⁶² wörtlich übernom-

361 RGBI II, S. 117.

362 BGBl S. 2, abgedruckt im Schönfelder, Deutsche Gesetze Nr. 70.

men worden³⁶³.

Die Regierungsbegründung³⁶⁴ zeigt, daß das Problem schon damals erkannt wurde. Sie soll deshalb wörtlich wiedergegeben werden:

"Die Erfahrung hat gelehrt, daß beim Streit um die Frage einer Patentverletzung nicht selten das wirtschaftliche Übergewicht der einen über die andere Partei einer gerechten Lösung hinderlich ist, weil es der weniger bemittelten Partei nicht möglich ist, das mit der Einlassung in einen Patentprozeß verbundene Kostenwagnis zu übernehmen.

363 § 53 PatG.:

Macht in einer Patentstreitsache eine Partei glaubhaft, daß die Belastung mit den Prozeßkosten nach dem vollen Streitwert ihre wirtschaftliche Lage erheblich gefährden würde, so kann das Gericht auf ihren Antrag anordnen, daß die Verpflichtung dieser Partei zur Zahlung von Gerichtskosten sich nach einem ihrer Wirtschaftslage angepaßten Teil des Streitwerts bemißt. Die Anordnung hat zur Folge, daß die begünstigte Partei die Gebühren ihres Rechtsanwaltes ebenfalls nur nach diesem Teil des Streitwertes zu entrichten hat. Soweit ihr Kosten des Rechtsstreits auferlegt werden oder soweit sie diese übernimmt, hat sie die von dem Gegner entrichteten Gerichtsgebühren und die Gebühren seines Rechtsanwaltes nur nach dem Teil des Streitwertes zu erstatten. Soweit die außergerichtlichen Kosten dem Gegner auferlegt oder von ihm übernommen werden, kann der Rechtsanwalt der begünstigten Partei seine Gebühren von dem Gegner nach dem für diesen geltenden Streitwert betreiben.

364 Begründung zum PatG vom 5.5.1936 abgedruckt im Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen, 1936, 103 ff, 115.

Sie sieht sich infolgedessen zur Preisgabe ihrer Rechte oder bestenfalls zum Eingehen eines ungünstigen Vergleiches genötigt.

Mit den Mitteln des Armenrechtes kann in diesen Fällen nicht geholfen werden, da die Voraussetzungen für seine Gewährung in der Regel nicht erfüllt sind und auch geschäftliche Rücksichten von seiner Inanspruchnahme abhalten würden.

Die vom sozialen Standpunkt unerquicklichen Erscheinungen haben ihren Grund in der außerwöhnlichen Höhe der Kosten gerade der Patentprozesse, die durch die Größe der Streitwerte und die meist gegebene Notwendigkeit der Heranziehung von Sachverständigengutachten bedingt ist.

Die Besonderheit der Umstände erfordert außerordentliche Maßnahmen zur Abhilfe³⁶⁵

Bewußt ist davon abgesehen worden, die Anordnung des Gerichtes von einer vorherigen Prüfung der Prozeßaussichten abhängig zu machen, weil die Tatsache, daß die Partei in jedem Falle ihrer Leistungsfähigkeit angemessene Prozeßkosten aufwenden muß, regelmäßig von mutwilliger und aussichtsloser Prozeßführung abhalten wird und eine besondere Prüfung der Aussichten die Erledigung des Rechtsstreites verzögern würde..."

Hervorzuheben ist, daß danach der Gesetzgeber bewußt etwas anderes schaffen wollte als die bisherige Armenrechtsregelung, weil er deren

365 Unterstreichung vom Verfasser.

Unzulänglichkeit erkannt hatte. Außerdem gibt es keine Beschränkung für juristische Personen wie in § 114 Abs. 4 ZPO sowie eine Nachzahlungspflicht wie bei der einstweiligen Kostenbefreiung nach § 125 ZPO.

Die Vorschrift des § 53 PatG ist durch das Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, des Warenzeichengesetzes und des Gebrauchsmustergesetzes vom 21.7.1965³⁶⁶ als § 23a UWG, § 17a GebrMG und § 31a WZG fast gleichlautend in die entsprechenden Gesetze eingefügt worden³⁶⁷. Lediglich § 23a UWG unterscheidet sich etwas von den anderen Normen, als dort im Gesetzestext eingefügt ist, daß das Gericht anordnen kann, daß die Partei glaubhaft macht, daß die von ihr zu tragenden Kosten des Rechtsstreites weder unmittelbar noch mittelbar von einem Dritten übernommen werden.

Die Begründung des Gesetzesentwurfes³⁶⁸ stimmt fast wörtlich mit derjenigen zum PatG aus dem Jahre 1936 überein.

Auch das Aktiengesetz vom 6.9.1965³⁶⁹ enthält in § 247 Abs. 2 eine § 53 PatG vergleichbare Norm.

366 BGBI S. 625.

367 zu der anfänglichen Auseinandersetzung in der Literatur vgl. GRUR 1964, 598 ff; Ebert, NJW 60, 1431; Tetzner, NJW 65, 1944/1947; Zuck, GRUR 1966, 167/172; kritisch Baumbach-Hefermehl, 11. Aufl., 1974, Anm. 1 zu § 23a UWG; vgl. auch die Nachw. bei Däubler, Bürger ohne Rechtsschutz? BB 1969, 545 ff, 547.

368 BT-Drucksache IV/2217, S. 5 ff.

369 BGBI I, S. 1089.

In der Regierungsbegründung³⁷⁰ wird ebenfalls auf die Motive zu § 53 PatG Bezug genommen. Die Voraussetzungen sind schon nach der Begründung des Gesetzesentwurfes erheblich großzügiger als beim Armenrecht. Das Kostenrisiko muß danach so hoch sein, daß es eine vernünftige Partei angesichts ihrer Wirtschaftslage nicht eingehen kann.

Bei der Prüfung sind die Kosten aller in Frage kommenden Instanzen zugrunde zu legen³⁷¹.

Es muß deshalb Erstaunen erregen, daß im GWB, bei dem es mit dem Armenrecht vergleichbare Schwierigkeiten gibt, eine solche Vorschrift fehlt.

Aus den Motiven ergibt sich auch kein Hinweis, daß eine solche Lösungsmöglichkeit auch während der teilweise zeitgleichen Novellierungen in den verschiedenen Gesetzen auch nur erwogen wurde.

370 BT-Drucksache IV/171, S. 203.

371 Pastor, Wettbewerbsprozeß, Kap. 47 I ff; Reimer, Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, 3. Aufl., Anm. 3 ff. zu § 53 PatG.; Klauer-Möhring, Patentrechtskommentar, 3. Aufl., § 53 PatG, Anm. 2 ff. m.w.Nachw.; Anm. 2 zu § 17a GebrMusterG; Lindenmaier-Röhl, Anm. 6 ff. zu § 53 PatG; Benkard-Rogge, 6. Aufl., Anm. 4 ff. zu § 53 PatG; Benkard-Ballhaus, Anm. 2 ff. zu § 17a GebrMusterG; Reimer-Pastor, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 4. Aufl., Band III, S. 425; Godin-Wilhelmi, 3. Aufl., Anm. 4 zu § 247 AktG; Schülling in Großkommentar für die Praxis, Anm. 4 zu § 247 AktG.

Auch in der Literatur hat, soweit ersichtlich, bisher niemand die Auffassung vertreten, daß eine ähnliche Norm für das GWB zu schaffen sei. Lediglich Soell³⁷² benützt diese Vorschriften für das GWB, um aber auf die Vorzüge des Kartellverwaltungsrechtes hinzuweisen. Fechner³⁷³ weist auf die Dringlichkeit einer Regelung in Anbetracht dieser Sonderbestimmung für das gesamte Zivilrecht hin. Däubler³⁷⁴ will die Vorschriften analog für sämtliche vergleichbaren Fälle anwenden.

Dem widersprechen jedoch Fechner³⁷⁵ und Kötz³⁷⁶ zu Recht, weil es sich bei diesen Normen um Ausnahmenvorschriften handelt³⁷⁷.

Allerdings vertritt Hefermehl³⁷⁸ auch heute noch die Auffassung, daß diese Sonderregelung zum UWG

372 Soell a.a.O., S. 444 ff.

373 Fechner, Kostenrisiko und Rechtswegsperre - steht der Rechtsweg offen? JZ 1969, 349 ff, 353.

374 Däubler, Bürger ohne Rechtsschutz? BB 1969, 545 ff, 551.

375 Fechner a.a.O. JZ 353.

376 Kötz, Klagen Privater im öffentlichen Interesse, 1975, FN 16 + 17.

377 ebenso Pastor, Wettbewerbsprozeß, Kap. 47, Baumbach-Hefermehl, 11. Aufl., 1974, Anm. 2 zu § 23a UWG; Arnd Herrmann, a.a.O. S. 85 m.w.Nachw.

378 vgl. Hefermehl a.a.O. m.w.Nachw.

überflüssig sei. Dies ist unverständlich, denn auch beim UWG sind hohe Streitwerte und Gutachterkosten die Regel³⁷⁹.

In der Literatur wird das hier für das GWB aufgezeichnete Problem grundsätzlich allgemein für das gesamte Zivilrecht behandelt³⁸⁰, meist unter dem Stichwort "Rechtssperre für den wirtschaftlich Schwachen"³⁸⁰. Dabei wird zum Teil davon ausgegangen, daß nach dem Vorentwurf des Bundesjustizministeriums eine dem § 53 PatG nachgebildete Vorschrift als § 13a in das Gerichtskosten-gesetz eingefügt werden sollte³⁸¹, die eine Herabsetzung des Streitwertes bis auf 15.000 DM vorsah³⁸².

Dieser Entwurf ist jedoch nicht Gesetz geworden³⁸³ u.a. deshalb, weil die Interessen der Anwaltschaft, die auf kostendeckende Gebühren angewiesen sind und die Belange des Gegners der minderbemittelten Partei, der immer einen Teil der Anwaltskosten seines Anwalts tragen mußte, nicht hinreichend berücksichtigt wurden³⁸⁴. Diese Besonderheit ergab sich daraus, daß die begüterte Partei im Falle der Kostenerstattung von dem minderbemittelten Gegner immer nur Gebühren nach dem niedrigen Streitwert verlangen konnte.

Andere Vorschläge in der Literatur reichen von der Beseitigung des Anwaltszwanges³⁸⁵ bis zum

379 vgl. die Nachweise bei Däubler, Fechner, Kötz a.a.O.

380 Däubler, Fechner, Kötz, Arndt a.a.O.

381 Mümmler, Beschränkung des Prozeßkostenrisikos, Das juristische Büro 1971, 1 ff.

382 Arndt, a.a.O., S. 86.

383 BT-Drucksache VI/2644, Sachgebiet 340.

384 Baur, JZ 1972, 75 ff; Sieg, BB 1972, 1377, 1379.

385 Schneider, Kostenentscheidung und Streitwert im Zivilprozeß, Juristische Analysen 1971, 51, 111; Herrmann a.a.O., S. 93 ff; Husmann, DRiZ 1971, 311, 312.

"Nulltarif" für alle Gerichtsverfahren³⁸⁶.

Überträgt man den Vorschlag der Beseitigung des Anwaltszwanges auf das GWB, so würde der Konkurrent ohne einen geschulten Beistand noch rechtloser dastehen als vorher. Dies zeigt einmal mehr, daß man weder den Gedanken des § 53 PatG allgemein anwenden kann, noch Prinzipien, die für das Verwaltungsgericht, das Arbeitsgericht und Sozialgericht sowie die Finanzgerichtsbarkeit gelten, auf Spezialgebiete übertragen kann.

In allen oben zitierten Verfahrensarten besteht ein stark eingeschränkter Anwaltszwang, zumeist ist eine Vertretung durch Anwalt nur für das Bundesgericht angeordnet³⁸⁷. Wenn man diese Verfahren betrachtet, wird man aber regelmäßig feststellen, daß dort zumindest eine abgeschwächte Amtsermittlungsmaxime herrscht.

Im Zivilprozeß gilt aber der Grundsatz, daß die Parteien den Sachverhalt beizubringen haben, über den das Gericht zu entscheiden hat³⁸⁸. Deshalb erscheint diese Lösungsmöglichkeit verfehlt.

Ein Nulltarif könnte grundsätzlich zu begrüßen sein, er würde nämlich als einzige Lösungsmöglichkeit jeglichen Unterschied zwischen den materiellen Verhältnissen der Parteien beseitigen. Allerdings sprechen gegen diesen Vorschlag auch einige entscheidende Momente.

386 vgl. Schneider a.a.O. 111, 112; Baur a.a.O. S. 77; Herrmann a.a.O., S. 95 ff; kritisch Demuth DRiZ 1972, 27 f.

387 § 67 Abs. 1 VWGO; § 14 Arb.GG, vgl. auch Herrmann a.a.O.

388 eindeutige Meinung vgl. statt vieler Thomas-Putzo a.a.O. Einl. I 1.

Zu Zeiten Friedrich II. gab es bereits einmal dieses System durch vom Staat fest besoldete Assistenzräte, die als beamtete Rechtsanwälte den Parteien beistanden³⁸⁹. Diese Regelung hat sich jedoch nicht bewährt, weil die Klientel zu den beamteten Vertretern kein richtiges Vertrauen entwickelte³⁹⁰.

Eine solche Möglichkeit steht auch jetzt zu befürchten. Selbst wenn man mit Herrmann³⁹¹ davon ausgeht, daß die Rechtsanwälte nicht fest besoldet würden, sondern lediglich die Rechtsanwaltskosten vom Staat übernommen würden, besteht die Abhängigkeit von dem Geldgeber.

Im übrigen erscheint es ein gutes System zu sein, daß nicht alle Organe der Rechtspflege von einem Arbeitgeber besoldet werden, dies ist jedenfalls eine Methode, auch nur dem Versuch eines Mißbrauchs vorzubeugen.

Außerdem ist dieser Vorschlag rein materiell bei der jetzigen Wirtschaftslage des Bundes und der Länder nicht zu realisieren.

Deshalb kann auch der "Nulltarif" keine geeignete Lösung sein.

Nach diesen Überlegungen zeigt sich, daß eine einheitliche Lösung für das gesamte Recht nicht möglich ist, sondern eine Lösungsmöglichkeit für jedes Gesetz einzeln gesucht werden muß.

389 Weißler, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, S. 351 ff.

390 Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, § 4 V 1.

391 Herrmann, a.a.O. S. 96.

Für das GWB bietet sich bei der schon oben festgestellten vergleichbaren Interessenlage eine ähnliche Vorschrift wie § 53 PatG an.

Allerdings ist nach Meinung des Verfassers das Verhältnis zum Armenrecht, welches unabhängig von der Streitwertherabsetzung gewährt werden kann³⁹², noch nicht ausreichend geklärt.

Zu groß sind die Unterschiede zwischen diesen Einrichtungen.

Das Armenrecht müßte deshalb in der Weise in die Vorschrift einbezogen werden, daß es unabhängig von der Erfolgsaussicht zu gewähren ist, dem Mißbrauch wird durch die Nachzahlungspflicht des § 125 ZPO vorgebeugt. Einer Streitwertherabsetzung im Falle des Armenrechtes bedarf es nicht, da Kostenbefreiung besteht. Um die Nachzahlungspflicht in Grenzen zu halten, müßten die Anwaltsgebühren nur nach den Armenrechtssätzen auch von dem Gegner beigetrieben werden können. Damit blieben die Vorteile des gespaltenen Streitwertes erhalten. Im Obsiegensfalle der armen Partei ist der Rechtsanwalt wie bisher berechtigt, die normalen Gebühren zu verlangen, § 124 ZPO. Die arme Partei wird damit nicht übermäßig belastet, weil die Armenanwaltsgebühren ihre Grenze bei einem Gegenstandswert von 20.000 DM haben und eine Gebühr zu diesem höchstmöglichen Streitwert 375,-- DM, bei sonst ab 830,-- DM beträgt. Außerdem ist zu gewährleisten, daß § 114 Abs. 4 ZPO für diesen Teilbereich nicht gilt.

392 h.M. vgl. statt vieler Baumbach-Hefermehl a.a.O. und Pastor a.a.O.

Die Vorteile des geteilten Streitwertes liegen darin, daß der Anwalt der armen Partei noch mehr als bisher danach trachten wird, den Prozeß zu gewinnen, und die wirtschaftlich stärkere Partei wird sich bemühen, den Rechtsstreit vergleichsweise beizulegen, weil sie auf jeden Fall für einen Teil der Kosten ihres Rechtsanwaltes haftet, mag sie gewinnen oder verlieren.

Damit enthalten diese Vorschriften zugleich eine Durchbrechung des Kostentragungsprinzips des § 91 ZPO³⁹³ und Elemente des Erfolgshonorars, welche sonst dem deutschen Recht fremd sind.

Mit diesen Prinzipien hat das amerikanische Wirtschaftsrecht gute Erfahrungen gemacht.

Das amerikanische Kostenrecht geht nämlich von dem bisher nicht erschütterten Grundsatz aus, daß die unterliegende Prozeßpartei lediglich dem Gegner die diesem erwachsenen Gerichtskosten, nicht aber das Honorar seines Anwaltes zu bezahlen hat³⁹⁴.

Auch die Praxis des Erfolgshonorars, welche bei uns verpönt ist, hat in Amerika zu guten Erfolgen geführt, weil die Rechtsanwälte sich anscheinend bei Vereinbarung eines Erfolgshonorars noch mehr einsetzen³⁹⁵.

393 Das Prinzip des § 91 ZPO ist z.B. auch beim Arbeitsgericht für die erste Instanz durchbrochen. § 61 Abs. 1 S. 2 ArbGG.

394 Kötz a.a.O., S. 73, vgl. aber Buxbaum, Die private Klage als Mittel zur Durchsetzung wirtschaftspolitischer Rechtsnormen, S. 17 ff. unter Hinweis auf Mills v. Electric Auto - Lite Co, 396 U.S. 375, 389-97 (1970) allerdings für einen Fall, der hier nicht relevant ist.

395 vgl. Kötz a.a.O. S. 84 ff, Buxbaum a.a.O. S. 16; Grossfeld, Probleme der Rechtsvergleichung, Rabels Z 1975, 25 ff.

Also läßt sich auch rechtsvergleichend eine gewisse Bestätigung für die Grundgedanken des § 53 PatG finden.

Rechtstechnisch ließe sich eine entsprechende Norm in das GWB als § 87a GWB unter dem Abschnitt 'Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten' einfügen.

§ 87a GWB müßte folgendermaßen lauten:

"Macht in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in denen durch Klage ein Anspruch aus einem der in diesem Gesetz geregelten Rechtsverhältnisse geltend gemacht wird, eine Partei glaubhaft, daß die Belastung mit den Prozeßkosten nach dem vollen Streitwert ihre wirtschaftliche Lage erheblich gefährden würde, so kann das Gericht auf ihren Antrag anordnen, daß die Verpflichtung dieser Partei zur Zahlung von Gerichtskosten sich nach einem ihrer Wirtschaftslage angepaßten Teil des Streitwertes bemißt.

Macht die Partei glaubhaft, daß die Belastung mit den Kosten des Rechtsstreites den notwendigen Unterhalt für sich und ihre Familie gefährdet, so ist ihr das Armenrecht zu gewähren. Die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über das Armenrecht, erstes Buch, zweiter Abschnitt, siebter Titel, finden mit Ausnahme von § 114 und 117 ZPO Anwendung. In diesem Fall ist der Streitwert nicht zu ermäßigen.

Die Anordnung hat im ersteren Fall zur Folge, daß die begünstigte Partei die Gebühren ihres Rechtsanwaltes ebenfalls nur nach diesem Teil des Streitwertes zu entrichten hat. Soweit ihr Kosten des Rechtsstreites auferlegt werden oder soweit sie diese übernimmt, hat sie die von dem Gegner entrichteten Gerichtskosten und die Ge-

bühren seines Rechtsanwaltes nur nach dem Teil des Streitwertes zu erstatten. Ist der Partei gemäß Absatz 2 das Armenrecht gewährt worden, hat sie dem Gegner nur die Rechtsanwaltsgebühren eines Armenanwaltes zu erstatten. Soweit die außergerichtlichen Kosten dem Gegner auferlegt oder von ihm übernommen werden, kann der Rechtsanwalt der begünstigten Partei seine Gebühren von dem Gegner nach dem für diesen geltenden Streitwert beitreiben.

Der Antrag nach Absatz 1, 1. Alternative, kann von der Geschäftsstelle des Gerichtes zur Niederschrift erklärt werden. Er ist vor der Verhandlung zur Hauptsache anzubringen. Danach ist er nur zulässig, wenn der angenommene oder festgesetzte Streitwert später durch das Gericht heraufgesetzt wird. Vor der Entscheidung über den Antrag ist der Gegner zu hören."

Mit dieser Novellierung des Gesetzes wäre eine mögliche Verbesserung zur Verhinderung der Rechtssperre durch das Kostenrisiko zu erreichen.

II. Prozeßkostenvorschuß beim subjektiv öffentlichen Recht

Derjenige, der bei der Kartellbehörde die Einleitung eines Verfahrens beantragt, braucht sich nach § 51 GWB weder durch einen Rechtsanwalt vertreten zu lassen noch einen Kostenvorschuß zu erbringen, § 80 GWB.

Wird der Antragsteller beige-
laden, so löst dies
weder nach § 80 GWB noch nach den Vorschriften
der Verordnung über die Kosten der Kartellbehör-
den vom 16.11.1970³⁹⁶ eine Gebührenschuld aus.

Außerdem bestimmt § 8 KartKostV, daß im Regel-
fall jeder Beteiligte seine Kosten, die ihm im
Verwaltungsverfahren erwachsen, selbst zu tragen
hat.

Allerdings kann die Kartellbehörde anordnen, daß
im Ausnahmefall die Kosten eines Beteiligten
auch einem anderen Beigeladenen auferlegt werden
können, soweit dies der Billigkeit entspricht,
§ 8 Abs. 1 KartKostV³⁹⁷.

Erst ab der Beschwerdeinstanz ist gemäß §§ 65
Abs. 5, 67 Abs. 1 GWB die Beauftragung eines
Rechtsanwaltes vorgeschrieben.

Dasselbe gilt für die Rechtsbeschwerdeinstanz
nach § 75 Abs. 5 GWB.

§ 72 Ziff. 2 GWB verweist zwar nicht auf die Vor-
schriften des Armenrechtsverfahrens;

396 BGBl I, S. 1535; v. Renthe gen. Fink im Ge-
meinschaftskommentar, Anhang nach § 80 GWB.

397 Soell, a.a.O., S. 453; Beschluß des BKartA
vom 13.3.1962, WuW 380 ff; v. Renthe gen.
Fink im Gemeinschaftskommentar, Anhang nach
§ 80 GWB, Anm. zu § 8 KartKostV.

der Beschwerdeführer ist jedoch gezwungen, sich durch einen Rechtsanwalt vertreten zu lassen, Keine Partei darf aber aus Armut gezwungen sein, ihre Rechte nicht wahrzunehmen. Deshalb kann ihr nach zutreffender Meinung der Rechtsprechung und Literatur³⁹⁸ auch im Beschwerdeverfahren das Armenrecht gewährt werden. Allerdings besteht auch hier die Notwendigkeit, die Vorschriften zu modifizieren.

Die Sachlage, daß der Rechtsanwalt höhere Gebühren nach dem für einen anderen Beteiligten geltenden Streitwert liquidieren kann, würde jedoch nur in dem Fall des § 77 Satz 1 und 2 GWB praktisch, der an Billigkeitsgedanken und eine Verschuldensregel anknüpft.

Gesetzestechisch könnte dies dadurch erreicht werden, daß § 77 S. 3 in der Weise verändert wird:

§ 77 1. ...

2. ...

3. Die Vorschriften des § 87a GWB und die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über das Kostenfestsetzungsverfahren und die Zwangsvollstreckung aus Kostenfestsetzungsbeschlüssen gelten entsprechend.

398 B/OLG Düsseldorf, 17.12.1970, WuW 1171; von Renthe gen. Fink im Gemeinschaftskommentar, Anm. 3 zu Vorb. § 77; Otto, WRP 59, 145; Riedel-Süssbauer, § 65a BRAGO, Anm. 4; Lappe, BB 58, 1037; Schumann NJW 59, 465 ff, 467; Langen, Anm. zu § 78; Rasch-Westrick, Vorbem. 3 vor §§ 77-80; a.A. B/KG, 5.12.1961, 5 KartU 7/61 nicht veröffentlicht.

Damit wäre auch gleichzeitig das Rechtsbeschwerdeverfahren harmonisiert.

Danach kann festgestellt werden, daß zwar auch die Verfolgung des subjektiv öffentlichen Rechtes in dem Fall des Beschwerdeweges materielle Schwierigkeiten mit sich bringen kann, das Verfahren jedoch zunächst durch den Konkurrenten selbst ohne Vorschuß eingeleitet werden kann.

Dies ist ein Vorteil im Vergleich zum Zivilverfahren, der nicht zu unterschätzen ist.

III. Beweisführungsprobleme beim subjektiv privaten Recht

Im Zivilrecht gilt der Beibringungsgrundsatz mit der Folge, daß die Partei, die eine ihr günstige Rechtsfolge behauptet, dafür beweislasterlastet ist³⁹⁹.

Diesen Beweis kann der Kläger nur durch Augenschein, §§ 371 ff. ZPO, Zeugenbeweis, §§ 373 ff. ZPO, Sachverständige, §§ 402 ff. ZPO, Urkunden, §§ 415 ff. ZPO und durch Parteivernehmung, §§ 445 ff. ZPO als die fünf klassischen Beweismittel der Zivilprozeßordnung führen. Bei der Beweisgewinnungsmöglichkeit ist der Kläger auf den Zufall angewiesen, er kann niemanden zwingen, ein Beweisstück preiszugeben.

³⁹⁹ einhellige Meinung, vgl. die gesamte Kommentarliteratur zur ZPO, Einführung und zu §§ 286, 287 ZPO.

Zwar ist jeder Bürger grundsätzlich gezwungen, vor Gericht zu erscheinen⁴⁰⁰ und zum Beweisthema auszusagen⁴⁰¹, dies setzt jedoch den schlüssigen Vortrag zu einem bestimmten Beweisthema voraus.

Außerdem geben §§ 424 ff. ZPO die Möglichkeit, vom Gegner die Vorlage von Urkunden zu erzwingen. Dies setzt aber wiederum die Kenntnis von der Existenz der Urkunde voraus.

Ein Hauptübel des zivilprozessualen Kartellrechtsverfahrens ist, wie man sich anhand der aufgeführten Beweismittel und Beweisgewinnungsmöglichkeiten denken kann, die Beweisnot des Klägers.

Dieses Problem wird auch in der Literatur⁴⁰² gesehen. Die Konsequenzen, die daraus gezogen werden, sind unterschiedlich. Soell und Scholz sind der Auffassung, daß wegen der Beweisnot nur das Amtsermittlungsverfahren der Kartellbehörde helfen könne und das Zivilverfahren ungeeignet sei⁴⁰³.

⁴⁰⁰ vgl. §§ 380, 390 ZPO.

⁴⁰¹ vgl. § 382 ZPO und §§ 383 ff. ZPO als Ausnahmen.

⁴⁰² Lipps, WRP 69, 368; Schwarz, WuW 67, 175 ff, 176; Steindorff, AWD 63, 353; Mailänder, Privatrechtliche Folgen unerlaubter Kartellpraxis, S. 13 f; Scholz, a.a.O., S. 97; Soell a.a.O., S. 443; Emmerich, Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S. 336 ff. m.w.Nachw.; Steindorff, Gesetzgeberische Möglichkeiten zur verbesserten Durchsetzung des GWB, ZHR 138, 504 ff, 512ff; Sondergutachten 1 der Monopolkommission a.a.O., Rn 66.

⁴⁰³ Soell a.a.O.; Scholz a.a.O.

Emmerich⁴⁰⁴ ist der Meinung, daß man in § 22 GWB ein Schutzgesetz zu sehen habe und im übrigen dem Kläger über § 287 ZPO helfen könne⁴⁰⁵.

Die totale Abkehr vom Zivilverfahren hält der Verfasser für zu einseitig, weil sich dann bei der ohnehin belasteten Behörde ein nicht wünschenswertes Monopol bilden würde.

Die Auffassung von Emmerich zeigt die schon bei § 22 GWB angedeutete Bedeutung der Schutzgesetzeigenschaft dieser Norm.

Nur wenn dem Kläger Gesetze zur Verfügung stehen, die so wenig Voraussetzungen wie möglich haben, kann er einen Prozeß riskieren.

§ 287 ZPO gibt der Partei nur eine bedingte Hilfe, die Voraussetzungen der haftungsbegründenden Kausalität muß er nämlich immer noch beweisen⁴⁰⁶. Im übrigen ist § 287 ZPO nicht bei Unterlassungsansprüchen anwendbar, § 287 Abs. 2 ZPO⁴⁰⁶.

Dies ist ein Mangel, da der Kläger naturgemäß daran interessiert ist, einem zwar noch nicht eingetretenen aber bereits befürchteten Schaden vorzubeugen. Die Monopolkommission hat vorgeschlagen, daß zukünftig Entscheidungen des

404 Emmerich a.a.O., S. 337.

405 ebenso, Mailänder und Steindorff a.a.O.

406 Zöllner-Stephan, Anm. I 3 zu § 287; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, Anm. 1 B zu § 287; Stein-Jonas, Anm. II zu § 287 und die gesamte Lehrbuch- und Kommentarliteratur zu § 287 ZPO.

Bundeskartellamtes Feststellungswirkungen für ein nachfolgendes Zivilverfahren haben sollen⁴⁰⁷. Dieser Vorschlag ist aus dem amerikanischen Antitrustrecht entlehnt⁴⁰⁸. Er würde eine Verbesserung im Schadensersatzrecht bringen.

Allerdings ist er zur Verbesserung des Unterlassungsanspruches wenig geeignet, da es, wenn es erst zum Schadensersatzprozeß kommt, für eine vorbeugende Unterlassungsklage zu spät ist; im übrigen stellen die betroffenen Unternehmen ihr Verhalten in der Regel sowieso ab, wenn die Behörde mit Ermittlungen beginnt.

Deshalb klafft eine Lücke in all den Fällen, in denen es nicht zu einer Tätigkeit der Behörde kommt.

Das Zivilverfahren ist deshalb nur dann für den Konkurrenten bedingt geeignet, wenn § 22 GWB ein anerkanntes Schutzgesetz ist und von den vorgeschlagenen Neuerungsmöglichkeiten Gebrauch gemacht wird.

Aber auch dann wird es ihm nur in dem seltenen Beispielfall der BGH-Entscheidung zu § 1 GWB⁴⁰⁹ möglich sein, einen Präventivschlag zu führen, der zukünftigen Schaden erst verhindert.

407 Monopolkommission a.a.O., vgl. Steindorff a.a.O., 523 ff; Möschel, NJW 75, 757; kritisch Hoffmann a.a.O.

408 vgl. Möschel a.a.O., Steindorff a.a.O.; Steindorff a.a.O.

409 NJW 75, 1223 ff.

IV. Beweisführungsproblem beim subjektiv öffentlichen
Recht

Beim subjektiv öffentlichen Recht gilt der Grundsatz, daß sowohl Kartellamt als auch das Gericht den Sachverhalt von amtswegen erfor- schen, §§ 54, 69 GWB. Die umfassenden Möglich- keiten der Kartellbehörde ergeben sich dabei aus §§ 46, 55 GWB, wonach sie unter anderem be- rechtigt ist, Durchsuchungen und Beschlagnahmen vorzunehmen.

Der Konkurrent ist demnach als Beigeladener in einer erheblich besseren Position als im Zivil- verfahren.

Die Beweismittel werden von der Behörde beschafft, die dazu ein Instrumentarium hat, das, soweit es schlagkräftig angewandt wird, gute Möglichkeiten bietet, fast jede Beweisnot zu überwinden.

Das Verwaltungsverfahren wird deshalb in aller Regel von dem Konkurrenten zu bevorzugen sein.

V. Dauer der Verfahren und Abhilfe

Wie auch bei anderen Rechtsstreitigkeiten, stellt die Dauer der Zivilverfahren durch alle Instanzen bei dem Kartellgericht ein starkes Hindernis für die Rechtsverfolgung dar.

Dabei lassen sich bei kursorischer Überprüfung Zeiträume von 4-9 Jahren feststellen, bis der BGH ein Urteil gefällt hat⁴¹⁰.

410 BGH, WuW 873: 4 Jahre; WuW 863: 7 Jahre; WuW 893: 9 Jahre.

Bis demnach eine endgültige Entscheidung gefallen ist, kann es selbst im Falle des Obsiegens für den Konkurrenten heißen, wie es Loevinger einmal für das amerikanische Recht treffend formuliert hat: "he may win his case and loose his business"⁴¹¹. Dies liegt daran, daß es einem Unternehmen nach dieser Zeit kaum noch nützt, eine Schadensersatzsumme zugesprochen zu erhalten, weil es sich bis dahin in Liquidation befinden wird.

Daran ändert auch nichts, daß Urteile für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind, § 70⁴ Abs. 1 ZPO. Verurteilungen, die über 500,-- DM hinausgehen, können nämlich nur gegen eine Sicherheitsleistung vollstreckt werden, die sich in ihrer Höhe aus Hauptforderung, Zinsen, verauslagten Gerichtskosten und entstandenen Anwaltskosten zusammensetzt⁴¹², § 709 Nr. 4 ZPO.

Eine solch hohe Sicherheitsleistung wird der Kläger in aller Regel nicht erbringen können, so daß er zumindest ein obsiegendes Urteil des Oberlandesgerichtes abwarten muß, weil er daraus auch ohne Sicherheit gemäß §§ 708 Ziff. 7, 713 Abs. 1 ZPO vollstrecken kann.

Urteile eines Oberlandesgerichtes lassen aber im Durchschnitt auch mindestens 2 1/2 Jahre⁴¹³ auf sich warten, so daß allein durch die vorläufige Vollstreckbarkeit das Problem der langen Dauer bis zur endgültigen Entscheidung nicht aus der Welt geschafft ist.

⁴¹¹ zitiert nach Soell a.a.O., S. 444 FN. 31.

⁴¹² vgl. statt vieler Zöllner-Scherübl, Anm. 2 zu § 710 ZPO und die gesamte Kommentarliteratur zu § 710 ZPO.

⁴¹³ vgl. WuW-Kartei OLG I-III.

Eine Lösungsmöglichkeit wäre, an eine einstweilige Verfügung gemäß §§ 935, 940 ZPO zu denken.

Dieses Schnellverfahren hat den Vorzug, daß das Gericht keinen Kostenvorschuß verlangen kann. § 111 GKG erwähnt nämlich bei der Vorauszahlungs-pflicht die einstweilige Verfügung nicht.

Allerdings gilt dies nicht für die Rechtsanwaltsgebühren, da der Rechtsanwalt nach § 17 BRAGeO immer einen Vorschuß verlangen kann.

Deshalb gelten für diesen Teil die Überlegungen wie bei dem vorgeschlagenen § 87a GWB, so daß nach dem Wort Klage noch zur Klarstellung die einstweilige Verfügung im Gesetzestext zu erwähnen ist⁴¹⁴. Die einstweilige Verfügung hat jedoch den Nachteil, daß in dem Antrag der gesamte Vortrag schlüssig dargelegt und glaubhaft gemacht werden muß⁴¹⁵. Dazu wird der Konkurrent wohl nur in seltenen Fällen in der Lage sein.

In einem Fall des § 22 GWB käme der Verfügungskläger wohl kaum ohne ein teures Sachverständigengutachten aus.

Der Gesetzgeber hat die besondere Bedeutung der Dauer der Rechtsstreitigkeiten für den Wettbe-

414 ohne daß ausdrücklich die einstweilige Verfügung im Text von §§ 23a, 53 PatG erwähnt ist, wird die Geltung dieser Normen auch für die einstweilige Verfügung angenommen. Pastor, Wettbewerbsprozeß, Kapitel 47 III 2b m.w.Nachw.

415 Zöllner-Scherübl, Anm. 2 zu § 935 ZPO; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, Anm. 2 B vor § 916; Thomas-Putzo, Anm. 2 zu § 935; Wiczorek II vor § 916.

werbsprozeß erkannt⁴¹⁶ und ermöglicht nach § 25 UWG einstweilige Verfügungen zur Sicherung der Ansprüche auf Unterlassung auch dann, wenn die in §§ 935, 940 ZPO bezeichneten Voraussetzungen nicht zutreffen.

Die analoge Anwendung dieser Vorschrift wird für das Rabattgesetz, die Zugabeverordnung, das Warenzeichengesetz und § 100⁴ BGB bejaht, für Ansprüche wegen Urheberrechts- und Patentverletzung jedoch verneint⁴¹⁷.

Soweit ersichtlich, wird die entsprechende Anwendung für das GWB nicht einmal erörtert.

Allerdings ist der Verfasser auch der Ansicht, daß die komplizierteren Vorschriften des GWB, die zumeist eine Marktanalyse verlangen⁴¹⁸, eine Übertragung des § 25 UWG auf das GWB nicht zulassen, so daß es bei den Voraussetzungen der Zivilprozeßordnung verbleiben muß.

⁴¹⁶ Baumbach-Hefermehl, 11. Aufl., Anm. 1 zu § 25 UWG, motiviert den Sinn der Vorschrift ausdrücklich damit, daß Wettbewerbsverstöße oft rasch wirkten und unberechtigte Vor- und Nachteile sich, wenn das Urteil erst gesprochen sei, nicht mehr ausgleichen ließen.

⁴¹⁷ Baumbach-Hefermehl a.a.O., Anm. 2 m.w.Nachw.; Ulmer-Reimer, Das Recht des unlauteren Wettbewerbes in den Mitgliedstaaten der EWG, Band III, Nr. 152.

⁴¹⁸ z.B.: § 1 GWB: Eignung zur Marktbeeinflussung,
§ 15 GWB: Märkte innerhalb des Geltungsbereiches,
§ 22 GWB: marktbeherrschende Unternehmen,
§ 26 GWB: marktbeherrschende Unternehmen oder wirtschaftliche Abhängigkeit

Ein weiterer Nachteil besteht bei dem Mittel der einstweiligen Verfügung darin, daß der Rechtsweg nur bis zum Oberlandesgericht geht und die Revisionsinstanz ausgeschlossen ist⁴¹⁹, § 545 Abs. II ZPO. Auch auf die Nachteile dieser Rechtswegbeschneidung wurde schon bei dem Armenrechtsprüfungsverfahren hingewiesen.

Insgesamt betrachtet ist daher die einstweilige Verfügung nur in den seltenen eindeutigen Rechtsfällen eine geeignete Maßnahme, um eine schnelle Anspruchssicherung zu erreichen.

Bei dem Verwaltungsrechtsweg sind die Verfahren im Durchschnitt kürzer, teilweise konnte der BGH schon nach 1 1/2 Jahren eine Entscheidung treffen⁴²⁰. Außerdem darf die psychologische Wirkung der Einleitung eines Kartellverwaltungsverfahrens nicht verkannt werden. So wird nach dem Bericht der Monopolkommission die überwiegende Zahl aller Fälle eines Mißbrauchs nach § 22 GWB dadurch abgeschlossen, daß die Unternehmen das beanstandete Verhalten abstellten⁴²¹.

Weiterhin hat das Bundeskartellamt die Möglichkeit, bis zu seiner endgültigen Entscheidung einstweilige Anordnungen nach § 56 GWB zu erlassen.

Außerdem kann es gemäß § 63a GWB unter bestimmten Voraussetzungen Beschwerden gegen ihre Verfügungen die aufschiebende Wirkung nehmen und die sofortige Vollziehung anordnen.

419 kritisch auch Baumbach-Hefermehl a.a.O.

420 B/BGH v. 27.6.1968, WuW 967.

421 Sondergutachten 1 der Monopolkommission Rn 16.

Das Beschwerdegericht hat zwar die Möglichkeit, diese Anordnungen gemäß §§ 62, 63a Abs. 3 GWB zu überprüfen, dennoch zeigt sich bei diesem Instrumentarium der Behörde, daß sie bessere Mittel hat, den Konkurrenten zu schützen, als diesem selbst nach dem Zivilrecht zustehen.

Zusammenfassung

Der Verwaltungsrechtsweg hat gegenüber dem Zivilrechtsweg Vorteile, die in der Amtsermittlung und den weitreichenden Befugnissen der Behörde bei ihrer Beweisermittlung und den Anordnungen zur sofortigen Durchsetzung ihrer Verfügungen liegen. Novellen wären notwendig, um auch die arme Partei gleich zu behandeln.

Bei diesem Ergebnis zeigt sich die Rechtsprechung als besonders verhängnisvoll, die Antragsrechte bei § 22 GWB ablehnt und einen Vorrang des Zivilrechtes postuliert.

G. Ausblick in das EWG-Kartellrecht

Der Konkurrent hat nach dem EWG-Vertrag nicht ^{im Parteiprozeß} die Möglichkeit, ein anderes Unternehmen wegen Verletzung einer deutschen oder europäischen Kartellrechtsnorm vor dem Europäischen Gerichtshof zu verklagen⁴²². Deshalb können nur innerstaatliche Auswirkungen des EWG-Vertrages in Betracht kommen.

Art. 85 und Art. 86 des EWGV stellen entsprechende Verbote auf, enthalten aber keine Regelung darüber, ob Konkurrenten Schadensersatz oder Unterlassung von Unternehmen verlangen können, die gegen diese Vertragsbestimmungen verstoßen.

Als bald nach ihrem Inkrafttreten entbrannte deshalb der Streit darüber, ob diese Artikel Schutzgesetze im Sinne von § 823 BGB sein könnten⁴²³.

⁴²² Auf Vorlage durch nationale Gerichte gemäß Art. 177 EWGV kann im Einzelfall auch der Europäische Gerichtshof mit Klagen von Konkurrenten befaßt sein; vgl. zu den Gerichts- und Rechtsanwaltsgebühren Schneider, NJW 1972, 1596 ff, kritisch wegen der geringen Beteiligungsmöglichkeit der Parteien am Vorlageverfahren: Weinhardt, Klagebefugnis der Konkurrenten, S. 178 ff. m.w.Nachw. und Weidinger, Der Rechtsschutz betroffener Dritter, 1968, S. 55 ff. m.w.Nachw.

⁴²³ Gegen die Schutzgesetzzeigenschaft: Spengler, WuW 61, 528; ders. in Gemeinschafts kommentar, 2. Aufl., Anm. 79; Kleemann, Die Wettbewerbsregeln der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, S. 60; v. Gamm, Das Kartellrecht im EWG-Bereich, S. 74; Schumacher, WuW 1971, 165 ff, 168.
unentschieden: Deringer, Art. 85 Abs. 2, Anm. 140, aber ablehnend für Art. 86; Deringer, Art. 86, Anm. 50, ebenso Gleiss-Hirsch, Art. 85, Anm. 104, die noch in der ersten Auflage, Art. 85, Anm. 25, die Schutzgesetzzeigenschaft verneint hatten, eindeutig ablehnend dieselben für Art. 86, Anm. 27 a.a.O. und auch Ipsen, Europarecht, S. 632; unklar auch Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., Anm. 25 zu Art. 85.

In der älteren Literatur⁴²⁴ ist die Auffassung vorherrschend, daß Art. 85, 86 EWGV keine Schutzgesetze sein könnten. Es wurde dabei im wesentlichen mit den Argumenten gefochten, die bereits schon bei § 1 GWB und § 22 GWB verwandt wurden⁴²⁵. Die Sachlage wurde weiter noch dadurch kompliziert, daß sich diese Vertreter zumeist auf eine Entscheidung des BGH vom 14.4.1959⁴²⁶, die sich mit dem Diskriminierungsverbot nach Artikel 60 EGKSV befaßte, berufen, ohne die Unterschiede zu dem EWG-Vertrag zu beachten⁴²⁷.

nur einzelne Verletzungstatbestände seien Schutzgesetze, wie Boykott und Diskriminierung: Thiesing in der Voraufgabe bei von der Groeben/von Boeckh, Art. 85, Anm. 12; Everling in Wohlfahrt/Everling/Glaesner/Sprung, Art. 85, Anm. 14; Droste NJW 62, 1937; Schlieder, BB 1962, 308; Kaul, AWD 63, 101.

Schadensersatzansprüche nur für Unternehmen, die selbst am Handel zwischen den Mitgliedstaaten teilnehmen: Mailänder im Gemeinschaftskommentar Art. 85, Anm. 102.

umfassenden Schutzgesetzcharakter: Groeben/Boeckh/Thiesing, 2. Aufl. 1974, unter Aufgabe der Meinung in der Voraufgabe, Anm. 83 ff. zu 85 u. Anm. 58 ff. zu 86; Koch, Schadensersatz, S. 29 ff, 34.

vgl. zu diesem Komplex die Studie der Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Reihe Wettbewerb 1, Brüssel 1966, S. 7 ff, die sich allerdings im wesentlichen auf Maßnahmen beschränkt.

eindeutig für die Schutzgesetzeigenschaft: Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, S. 574 ff, 576.

424 vgl. die Nachweise bei FN. 423.

425 vgl. die Übersicht bei Mestmäcker aa.O.; Mailänder a.a.O.; Groeben/Boeckh/Thiesing a.a.O.

426 BGHZ 30,87.

427 ebenso Groeben/Boeckh/Thiesing, Art. 85, FN 174; Mestmäcker a.a.O. S. 575.

Diese Meinung kann jedoch als überwunden angesehen werden⁴²⁸, so daß man heute davon sprechen kann, daß Art. 85/86 EWGV als Schutzgesetze im Sinne von § 823 II BGB angesehen werden. Wegen der Begründung kann auf die Argumentation zu §§ 1, 22 GWB hingewiesen werden.

Nicht berechtigt erscheint allerdings die Einschränkung von Mailänder⁴²⁹, der diese Ansprüche nur solchen Konkurrenten gewähren will, die sich am Handel zwischen den Mitgliedstaaten beteiligen. Mailänders These hat das merkwürdige Ergebnis, daß gerade kleine Unternehmen nicht geschützt sind.

Seine Ansicht findet bereits im Wortlaut der Art. 85/86 EWGV keine Stütze. Diese Vertragsbestimmungen richten sich in ihrem Verbot an Unternehmen, die Handel zwischen den Mitgliedstaaten betreiben, daraus kann aber nicht umgekehrt der Schluß gezogen werden, daß auch nur solche Konkurrenten geschützt seien, die ebenfalls in dieser Form Handel betrieben.

Vielmehr sind im Sinne eines umfassenden Schutzes sämtlichen Konkurrenten die Ansprüche aus Art. 85/86 EWGV zu gewähren⁴³⁰.

Da es sich dabei um kartellrechtliche Ansprüche handelt, sind dem Kläger, der sich auf § 823 II BGB i.V.m. Art. 85/86 EWGV stützt, die Vorzüge des vorgeschlagenen § 87a GWB ebenfalls zu gewähren.

⁴²⁸ Mailänder a.a.O. Rn 99 zu Art. 85.

⁴²⁹ Mailänder a.a.O. Rn 102 zu Art. 85.

⁴³⁰ ebenso Groeben/Boeckh/Thiesing, Anm. 84 zu Art. 85; Koch a.a.O. S. 35/36.

Für das Kartellzivilrecht der EWG hat sich danach die Wandlung der Meinung zum Schutzgesetz hin vollzogen, die im deutschen Kartellrecht immer noch in den Anfängen steckt.

Für das europäische Kartellverwaltungsrecht gilt nach Art. 173 II EWGV, daß jedermann Klage vor dem Europäischen Gerichtshof erheben kann, der behauptet, in seinen Rechten durch eine Entscheidung als Adressat oder der durch eine an eine andere Person gerichtete Entscheidung unmittelbar und individuell ^{betroffen} zu sein⁴³¹. Eine Berührung von subjektiven Rechten oder von Interessen, die gesetzlich geschützt sind, wird ausdrücklich nicht verlangt⁴³².

431 h.M. Weidinger, a.a.O., S. 13 ff; Ehle, Klage- und Prozeßrecht des EWG-Vertrages mit Entscheidungssammlung, 1966 ff, Anm. 23 zu Art. 173; Groeben-Boeckh, Anm. II zu Art. 173; Lagrange, Est - il à recommander d'amender les règles concernant la protection juridique? Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, KSE Bd. I, S. 606 ff; Neri, La Protection Juridictionnelle des Particuliers dans les Communautés Européennes, 1965, S. 44; Weinhardt a.a.O., S. 14 ff; Séché, La notion d'intérêt à agir dans le droit de la CECA, Rev. Gén. Dr. Int. Publ. 1962, 300; Catalano, Les voies de recours ouvertes aux personnes..., SEW, 1965, 566, Chevallier, RDJ 1963, 493.

432 vgl. die Nachweise bei FN 431 a.A. nur Fromont, Revue Trimestrielle de Droit Européen 1966, 47 ff, der von Weinhardt a.a.O., S. 156, zutreffend widerlegt wird.

Die Bestimmung der Begriffe unmittelbar und individuell hat Rechtsprechung und Lehre Schwierigkeiten bereitet⁴³³.

Dabei kann man einen formellen und einen materiellen Unmittelbarkeitsbegriff unterscheiden⁴³⁴. Die formelle Auffassung grenzt den Begriff negativ ab, indem sie postuliert, daß jemand jedenfalls dann nur mittelbar betroffen ist, wenn sich die Entscheidung erst durch eine weitere selbständige Handlung des Adressaten auf den Interessenbereich des Betroffenen auswirkt.

Diese Meinung wird vom Europäischen Gerichtshof⁴³⁵ und einem Teil der Literatur⁴³⁶ vertreten.

Daig vertritt demgegenüber den materiellen Unmittelbarkeitsbegriff, wonach es ausreicht, daß es hinreichend sicher ist, wenn von einer weiteren Handlung des Adressaten auszugehen ist⁴³⁷.

⁴³³ vgl. Ehle a.a.O.

⁴³⁴ vgl. die Nachweise bei Weidinger a.a.O.; Weinhardt a.a.O.

⁴³⁵ EUGH Repr. XI, 548, 556 Töpfer; Rspr XVII, International Fruit Company, vgl. zur Beurteilung der Rechtsprechung des EUGH, Weinhardt a.a.O., S. 158 ff. m.w.Nachw.

⁴³⁶ Wohlfahrt/Everling/Glaesner/Sprung, Anm. 42 zu Art. 173; Tizzano bei Quadri-Monaco-Trabucchi, Anm. 20 zu Art. 173; Mailänder, DB 65, 1316.

⁴³⁷ Daig, Zum Klagerecht von Privatpersonen nach Art. 173, Abs. II EWG-Vertrag, Festschrift für Otto Riese, S. 187 ff, 205, 207, zustimmend Tizzano a.a.O.

Andere Vertreter⁴³⁸ meinen, es müsse unterschieden werden zwischen Entscheidungen, die an Staaten und solche, die an Privatpersonen gerichtet sind; schließlich ist auch die Auffassung anzutreffen, daß das Kriterium unmittelbar abzuschaffen ist⁴³⁹.

Auch der Begriff individuell ist umstritten. Der Gerichtshof gibt folgende Definition des Begriffes:

"Wer nicht Adressat einer Entscheidung ist, kann nur dann geltend machen, von ihr individuell betroffen zu sein, wenn die Entscheidung ihn wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus den Kreis aller übrigen Personen heraustretenden Umstände berührt und ihn daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten."⁴⁴⁰

Diese sehr einengende Erläuterung des Begriffes hat überwiegend Kritik erfahren und man hat bei Beibehaltung dieser Rechtsprechung die Abschaffung auch dieses Begriffes gefordert⁴⁴¹.

438 Danner, Die Klagemöglichkeiten privater Personen nach dem EWG-Kartellrecht, 1965, S. 143; Ehle, NJW 63, 2194; Steindorff, Rechtsschutz, S. 93 f.

439 Börner, Dt. Juristentag, S. 23; Lagrange, a.a.O., S. 608; Riese EUR 1966, 46; Simson, DVB1 1966, 656; Ule, Gutachten zum 46. Deutschen Juristentag, Essen 1966, Bd. I, Teil 4, S. 19 ff. a.A., Mathies, 46. Deutscher Juristentag, Bd. II, Teil G, S. 60.

440 EUGH Rspr. IX, 238, Plaumann.

441 Riese a.a.O.; Lagrange a.a.O.; Zweigert, KSE 1, 596; Ule a.a.O.; Ehle, Anm. 50 zu Art. 172; Daig a.a.O.; Strauß, Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, S. 213 f.

Bei der dann notwendig werdenden Neuordnung des Klagerechtes gibt es verschiedene Ansätze. Sie reichen vom Rechtsschutzbedürfnis⁴⁴² über die Beschwerde⁴⁴³ und die berechtigten Interessen⁴⁴⁴ bis zum rechtlich geschützten Interesse⁴⁴⁵.

Ohne auf den Meinungsstreit näher einzugehen, läßt sich also im europäischen Kartellverwaltungsrecht die Beobachtung machen, daß der Rechtsschutz des Konkurrenten durch die enge Auslegung der Begriffe "unmittelbar" und "individuell" beschnitten wird.

In diesem Zusammenhang ist noch die Möglichkeit der Untätigkeitsklage nach Art. 175 EWGV zu erwähnen.

Diese ist jedoch nach dem Wortlaut nur dann begründet, wenn ein Gemeinschaftsorgan es unterlassen hat, einen anderen Akt als eine Empfehlung oder eine Stellungnahme an den Kläger zu richten. Danach wäre eine Klagebefugnis eines Konkurrenten, der eine beschwerende Verfügung an ein anderes Unternehmen begehrt, nicht gegeben.

Weidinger hat nachgewiesen, daß sich diese Schwierigkeiten nur bei Auslegung des deutschen und französischen Textes ergeben, während sich nach dem italienischen und niederländischen Text durchaus auch eine Klagebefugnis der Konkurrenten ergibt^{446,447}.

⁴⁴² Zweigert, KSE 1, 596.

⁴⁴³ Matthies, a.a.O. S. 60.

⁴⁴⁴ Riese, EUR 1966, 46; Weidinger a.a.O. S.107.

⁴⁴⁵ Ule, a.a.O. S. 19 ff.

⁴⁴⁶ Weidinger a.a.O. S. 122.

⁴⁴⁷ kritisch auch Weinhardt a.a.O., S. 172, im Hinblick auf die günstigere Regelung in Art. 33 EGKSv.

Zieht man weiter die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes heran, daß "die Bestimmungen des Vertrages über das Klagerecht nicht restriktiv ausgelegt werden dürfen"⁴⁴⁸, so ist zu mutmaßen, daß das Gericht eine Klagebefugnis des Konkurrenten bejahen würde; Zweifel bleiben allerdings angesichts der restriktiven Auslegung der Merkmale "unmittelbar" und "individuell".

Weitere Klagemöglichkeiten sind aus dem EWG-Vertrag für den Konkurrenten nicht ersichtlich⁴⁴⁹.

Nach dem EWG-Recht ist auch die Gewährung des Armenrechtes möglich.

Nach Art. 76 §§ 1 und 3 der Verfassungsordnung des Gerichtshofes ist das Armenrecht dann zu gewähren, wenn eine Partei außerstande ist, die Kosten des Verfahrens ganz oder teilweise zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung nicht offensichtlich aussichtslos ist.

Der ablehnende Armenrechtsbeschuß wird nicht begründet und ist nicht mit der Beschwerde anfechtbar⁴⁵⁰.

448 EUGH Rspr IX, 237.

449 vgl. zu dem Anhörungsrecht nach Art. 19 VO 17 und dem Antragsrecht nach Art. 3 VO 17, Weidinger a.a.O., S. 5 ff. u. S. 109 ff.

450 abgedruckt in BGBI 1959 II, S. 1025, BGBI 1959 II, 452/1960, BGBI II 1962, 770/1030, vgl. dazu Roemer, NJW 55, 617 f; Ehle, a.a.O. Art. 76 VerFOGH.

Es ist bedauerlich, daß dem Europäischen Kartellrecht ebenfalls eine dem § 53 PatG entsprechende Sonderregelung unbekannt ist.

Zu begrüßen ist bei dem Armenrecht nach dem Europäischen Recht, daß es durch die Fassung: "offensichtlich aussichtslos" großzügiger ist, als das deutsche Recht "hinreichende Aussicht auf Erfolg". Es ließ sich auch keine Einschränkung bei juristischen Personen wie im deutschen Recht feststellen.

Zu kritisieren ist allerdings, daß die ablehnenden Beschlüsse nicht begründet werden müssen. So kann sich nämlich keine Rechtsprechung entwickeln, die ein Anhaltspunkt für den Antragsteller und das Gericht ist. Außerdem könnte dem Antragsteller dann Gelegenheit gegeben werden, in einem Beschwerdeverfahren seine abweichende Meinung zu begründen. Ohne Begründung des Beschlusses ist dies freilich sinnlos.

Resümierend kann daher festgehalten werden, daß sich die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes trotz des großzügigen Wortlautes des Vertrages, restriktiv gegenüber Klagen von Konkurrenten verhält und auch das Armenrecht unzureichend geregelt ist.

Ergebnis

Die Ausgangsfrage nach der Effizienz des Gesetzes kann nun dahin beantwortet werden, daß bei dem jetzigen Gesetzes- und Rechtsprechungsstand dem Konkurrenten in aller Regel kaum Möglichkeiten offenstehen, sein Recht zu erzwingen.

Dies liegt daran, daß Normen, die vom Tatbestand her geringe Anforderungen stellen, nicht als Schutzgesetze anerkannt werden, die Durchsetzbarkeit des Rechtes durch die Verweigerung eines geeigneten Instrumentariums für das Zivil- und Verwaltungsverfahren vereitelt und eine verfehlte Subsidiarität des subjektiv öffentlichen Rechts vertreten wird.

Als Abhilfe werden eine Anpassung an andere Wirtschaftsgesetze vorgeschlagen, Einfügung eines § 87a bzw. § 77 Abs. 3 GWB sowohl für das Zivil- als auch das Verwaltungskartellrecht, der dem § 53 PatG entspricht, Beweiserleichterung, Erweiterung der subjektiv privaten und öffentlichen Rechte und uneingeschränkte Gleichwertigkeit der Rechte.

Als Nebenergebnis konnte festgestellt werden, daß umfassende Lösungsversuche des Problems der Rechtswegsperre durch die Prozeßkosten ohne Differenzierung nach dem einzelnen Gesetz nicht durchführbar sind.

Lebenslauf

Am 16. April 1948 wurde ich als Sohn des Rechtsanwaltes Dr. Hans-Ulrich Müller und seiner Ehefrau Hildegard Müller, geborene Ufer, in Neukirchen geboren.

Von 1954 bis 1958 besuchte ich die Volksschule in Moers und dann bis zum Abitur im Jahre 1966 das mathematisch-naturwissenschaftliche Gymnasium in Neukirchen. Anschließend studierte ich Rechtswissenschaften an der Ruhr-Universität Bochum.

Am 7. November 1970 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm. Die zweite juristische Staatsprüfung legte ich am 12. November 1973 vor dem Landesjustizprüfungsamt für das Land Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf ab.

Im Wintersemester 1973/74 war ich als wissenschaftlicher Assistent an der Ruhr-Universität Bochum tätig.

Danach habe ich mich als Rechtsanwalt in Moers niedergelassen.

Seit dem 22. September 1972 bin ich mit der Referendarin Gabriele Müller, geborene Bauer, verheiratet.

